



Le licenciement économique dans les groupes de sociétés

Catherine Zarba

► To cite this version:

Catherine Zarba. Le licenciement économique dans les groupes de sociétés. Droit. Université d'Avignon, 2015. Français. NNT : 2015AVIG2050 . tel-01314754

HAL Id: tel-01314754

<https://theses.hal.science/tel-01314754>

Submitted on 11 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITE D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

LE LICENCIEMENT ECONOMIQUE DANS LES GROUPES DE SOCIETES

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
Présentée et soutenue par **Catherine ZARBA**, épouse **RIPERT**

Directeur de thèse : Monsieur **Franck PETIT**

Membres du jury :

Madame **Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND**,
Professeur à l'Université de Montpellier

Madame **Claire MORIN**,
Maître de conférences HDR
à l'Université d'Aix- Marseille,
Rapporteur

Monsieur **Franck PETIT**,
Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays
de Vaucluse,
Doyen de la faculté de droit d'économie et de
gestion,
Directeur de thèse

Monsieur **Marc VERICEL**,
Professeur à l'Université de Saint Etienne,
Doyen de la faculté de droit et de science
politique,
Rapporteur

- 4 Décembre 2015 -

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs. »

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur Franck PETIT, mon directeur de thèse, pour avoir accepté de diriger cette thèse, pour ses conseils judicieux, son entière disponibilité et son soutien permanent.

Je remercie également les membres du jury, Madame Marie- Pierre DUMONT- LEFRAND, Madame Claire MORIN, et Monsieur Marc VERICEL qui me font l'honneur d'apprécier mes travaux de recherche.

Mes sincères remerciements vont également à Monsieur le Professeur Paul-Henri ANTONMATTEI, Monsieur le Conseiller Yves ROUQUETTE-DUGARET, Monsieur Franck RAIMBAULT, Directeur Juridique Social d'Air France, et enfin Maître Jean Baptiste TABIN. Je leur suis reconnaissante de m'avoir aidé à appréhender mon sujet en pratique.

J'adresse à Housna ZRIFI l'expression de ma profonde gratitude pour sa précieuse relecture, ses conseils informatiques, et sa générosité. Merci également à Douha BENDJEMAA et Xavier BERTOLINO pour leur soutien indéfectible.

A mon fils, à mon époux,

A ma mère, à mon frère

SOMMAIRE

PARTIE I - LA PREVENTION DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE DANS LE GROUPE DE SOCIETES

TITRE I - LA PROCEDURALISATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE

CHAPITRE I - LA PROCEDURALISATION APPLICABLE AU GROUPE

Section I - Le licenciement individuel et collectif : une procédure orientée vers la protection de l'emploi

Section II - Le licenciement collectif : une procédure renforçant le processus de consultation et de protection de l'emploi

CHAPITRE II - L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT SPECIFIQUE AU GROUPE

Section I - Le périmètre de l'obligation étendu au groupe de sociétés national

Section II - Le périmètre de l'obligation étendu au groupe de sociétés transnational

TITRE II - L'ANTICIPATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE

CHAPITRE I - L'ANTICIPATION PAR LA NEGOCIATION DANS LE GROUPE

Section I - L'incitation au maintien négocié de l'emploi

Section II - L'incitation à la rupture négociée du contrat de travail

Section III - L'incitation à la cession de l'entreprise

CHAPITRE II - L'ANTICIPATION DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE

Section I - La procédure de licenciement économique confrontée au droit des procédures collectives

Section II - La prise en compte insuffisante des entreprises en difficulté par le droit du travail

PARTIE II - LA MISE EN OEUVRE DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE DANS LE GROUPE DE SOCIETES

TITRE I - LA CONTESTATION DU LICENCIEMENT DANS LE GROUPE

CHAPITRE I - LES CONDITIONS D'UN RECOURS

Section I - Les sources nationales applicables au groupe national

Section II - Les sources internationales applicables au groupe transnational.

CHAPITRE II - LA CAUSE REELLE ET SERIEUSE SPECIFIQUE AU GROUPE

Section I- Une procédure de licenciement dictée par le motif invoqué

Section II- Une procédure de délégation de pouvoir respectée

TITRE II - LA PRISE EN COMPTE DE LA SPECIFICITE DU GROUPE PAR LE JUGE

CHAPITRE I.- DES RESPONSABILITES A RECHERCHER DANS LE GROUPE

Section I - La recherche des motifs réels du licenciement par le juge

Section II - La recherche des auteurs réels du licenciement par le juge

CHAPITRE II - DES SANCTIONS ADAPTEES AU GROUPE

Section I - L'allocation de dommages et intérêts fondée sur l'absence de cause économique du licenciement

Section II - La nullité fondée sur l'insuffisance ou l'absence du plan de sauvegarde de l'emploi

Section III – Confusion avec l'admission d'une reconnaissance de la personnalité morale du groupe ?

LISTE DES ABREVIATIONS

Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation Actualité en droit social européen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CASS	Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Civ. (1, 2, 3)	Cour de cassation chambre civile (première, seconde, troisième)
CHST	Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions du Travail
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Crim.	Chambre criminelle
C. trav	Code du travail
CJA	Code de justice administrative
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. soc.	Revue de droit social
Dr. Ouv.	Droit Ouvrier
DIRRECTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz.	Gazette du Palais
GPEC	Gestion des emplois et des compétences
Infra	Ci-dessous
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
IRJS	
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP Soc.	Juris-classeur périodique édition sociale
JO	Journal officiel.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches

LS	Lamy Social
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité) (ou opus citatum)
p.	Page
PDG	Président-Direction Général
préc.	Précité
PSE	Plan de Sauvegarde de l'Emploi
PUF	Presses Universitaires de France
RDC	Revue droit des contrats
RDT	Revue droit du travail
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
Rev. Proc. Coll.	Revue de Procédure Collective
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique du droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S. J.	Semaine Juridique
Soc.	Cour de cassation chambre sociale
SSL	Semaine Sociale Lamy
Sup.	Supplément
Supra	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de Grande Instance
V.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION

1- La procédure du licenciement pour motif économique est, malgré et à cause des lois incessantes qui se sont superposées¹ depuis une quarantaine d'années, difficile à mettre en œuvre. Ces textes sont pour partie anciens, et pour partie actuels, compte tenu des interventions constantes du législateur pour répondre à l'évolution du droit du travail. Auparavant, le législateur créait des lois pour répondre à des licenciements économiques consécutifs à une période caractérisée. Aujourd'hui, la vie économique est un « western »², les entreprises et en particulier les grands groupes³ ont recours à des restructurations permanentes, et cela à cause des risques économiques. Comme le souligne justement Mme Truskolaski, « le contexte global de la mondialisation capitaliste est celui où les capitaux circulent à peu près librement désormais et mettent en concurrence salariés et systèmes sociaux »⁴. D'ailleurs, le facteur technologique des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), ont permis la création de marchés mondiaux à l'échelle planétaire dans des temps extrêmement courts⁵.

2- Alors qu'auparavant, les restructurations marquaient un pas certain vers la faillite de l'entreprise, aujourd'hui elle représente une anticipation à la sauvegarde de l'entreprise ou un outil de gestion stratégique détourné par certains groupes de sociétés. Si les groupes de sociétés s'adaptent à l'environnement du marché économique, qui explique le recours à un certain nombre de pratiques critiquables, l'emploi est compromis. En effet, de plus en plus de groupes de sociétés ont recours aux licenciements collectifs alors qu'ils prospèrent et ne traversent pas de difficultés économiques⁶. D'ailleurs, certaines personnes à la tête des directions stratégiques de grands groupes n'hésitent pas à dévoiler que le licenciement économique est appréhendé comme un outil de gestion économique : les propos suivants ont été avancés par le PDG du groupe Danone :

¹ M. François Taquet relève que « le code du travail français est passé de six cents articles en 1973 à plus de dix mille articles aujourd'hui », lors du colloque intitulé « Le droit du travail français est-il un frein à la compétitivité des entreprises » du 12 septembre 2013 à l'assemblée nationale.

² RAY (J.E), Droit du travail, Droit Vivant, Liaisons, 20^e édition, p.357.

³ Exemples de l'affaire Papeterie de Malaucène, ou de l'affaire Mory Ducros en 2014

⁴ TRUSKOLASKI (M.), La légitimité du motif économique du licenciement, soutenue le 19 Mars 2008, sous la direction de Xavier LAGARDE, LGDJ, 2008, p.12

⁵ HANNOUN (C.), La communauté de travail et la création de valeur financière, *in* Droit du travail, Emploi, Entreprise, mélange en l'honneur de F. Gaudu, IRJS édition, 2014

⁶ Les licenciements boursiers du groupe MICHELIN en 1999, et DANONE en 2001 sont des exemples marquants.

« Il est absurde d'interdire aux entreprises de licencier lorsqu'elles sont bénéficiaires ; toute la dynamique de l'emploi repose sur la destruction créatrice comme l'expliquait Schumpeter »⁷.

3- Cette affirmation est révélatrice des comportements adoptés comme monnaie courante par nombre de groupes. Toutefois, ces propos peuvent être relativisés par le fait que beaucoup d'entreprises appartenant à un groupe sauvent l'emploi, en reclassant le salarié dans une filiale⁸. Il convient d'aborder la définition du licenciement économique pour mettre en exergue l'incohérence de la considération du PDG du groupe Danone.

4- Le licenciement économique est apparu pour la première fois dans le Code du travail avec la loi du 3 janvier 1975 qui imposait l'autorisation administrative préalable à tout licenciement économique. En 1986, le législateur décide de supprimer cette autorisation préalable. Presque trente années plus tard, ce dernier décide de la réintroduire avec la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Ce retour en arrière qui rajoute l'étape d'autorisation par l'administration fait état d'une nécessité de prévenir autant que faire se peut, les licenciements économiques⁹.

5- La procédure de licenciement pour motif économique est régie par l'article L. 1233-3 du Code travail. Selon cet article, cette procédure est dictée par le motif invoqué¹⁰. Par conséquent, le motif ne peut être lié à la personne du salarié¹¹, et résulter d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'un refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail. Le législateur prévoit que cette suppression, transformation ou modification doit être justifiée par un motif économique caractérisé par des difficultés économiques, ou des mutations technologiques. Mais la jurisprudence a dégagé deux autres motifs tels que la réorganisation de l'entreprise, et la cessation d'activité totale et définitive et nous verrons que ces critères prétoriens représentent des exemples non exhaustifs de l'existence d'un licenciement économique de groupe.

⁷ Propos tenus par LE PDG du groupe Danone, cités par TRUSKOLASKI (M.), La légitimité du motif économique du licenciement, soutenue le 19 Mars 2008, sous la direction de Xavier LAGARDE, LGDJ, 2008, p. 15

⁸ C'est le cas par exemple du groupe Nouvelles Frontières, V. *infra*

⁹ V. *infra* partie I, titre I, chapitre I, section II

¹⁰ V. *infra*, partie II, titre I, chapitre II, section I.

¹¹ Cass., soc. 12 déc 1991, n° 90-46.002 ; cass., soc. 24 avr. 1990, n° 88-43.555 ; CE, 29 mai 1992, 4^{ème} sous-section réunies ; décisions développées : V. *infra* partie II, titre I, chapitre II, section I.

6- Parallèlement, l'éviction de la procédure de licenciement pour motif personnel au profit d'un licenciement pour motif économique est parfois utilisée par certains employeurs¹². Des employeurs peuvent être tentés de détourner la procédure afin de déguiser un licenciement personnel en licenciement économique. Pourtant, l'interdiction de mettre à profit l'existence de difficultés économiques pour dissimuler un motif fondé en réalité sur une insuffisance professionnelle a été dégagée le 5 mai 1999 par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹³.

7- Par ailleurs, selon M. le Professeur Mazeaud, c'est « au stade de la rupture du contrat de travail que se dégage une forme d'appartenance du salarié au groupe. Qu'il s'agisse bien entendu des motifs économiques de licenciement. Et surtout du reclassement comme alternative au licenciement économique (...) au sein des entreprises du groupe, là où il est possible « d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »¹⁴. Cette formulation a le mérite de mettre en évidence l'importance d'une prise en compte du groupe de sociétés au stade de la rupture du contrat de travail pour motif économique, car le salarié peut être reclassé dans le groupe¹⁵. En outre, un licenciement économique spécifique au groupe est une exigence (I) qui justifie son existence (II).

¹² Premières synthèses, premières informations n° 11-1, mars 2006.

¹³ Cass., soc., 5 mai 1999, n°98-40964

¹⁴ MAZEAUD (A.), Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Droit social 2010 p. 738. M. Mazeaud affirme que deux aspects majeurs qui sont la rémunération des salariés et le licenciement économique soulèvent une problématique dans les groupes de sociétés.

¹⁵ V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II

I - L'exigence d'un licenciement économique particulier au groupe de sociétés

8- La nécessité de créer un droit du licenciement économique dans les groupes de sociétés apparaît à l'aune de fondements économiques et sociologiques (A), mais aussi juridiques (B).

A- Les fondements économiques et sociologiques de cette nécessité

9- Selon Mme Claire Morin, les groupes de sociétés « disposent aujourd'hui de moyens humains, matériels et financiers considérables. Leur pouvoir inquiète »¹⁶. Le constat selon lequel les groupes de sociétés dominerait l'économie est réel et leur place est désormais bien ancrée dans notre société.

10- Il convient d'étudier les fondements économiques (1) et sociologiques (2), qui justifient l'existence d'un droit du licenciement économique spécifique au groupe de sociétés.

1 - Les fondements économiques

11- Depuis la fin des années 80, le choix économique de la forme juridique du groupe a révélé son efficacité¹⁷. La nécessité de créer un droit du licenciement économique spécifique au groupe existe depuis l'émergence du capitalisme¹⁸ et depuis le développement croissant des groupes de sociétés. En effet, étant 1306 en 1980, 6682 en 1995 et 40 700 en 2008¹⁹. Cette multiplication du choix de l'organisation en groupe se justifie selon l'INSEE par des raisons

¹⁶ MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000, p.7

¹⁷ Jacquemin (A.), la dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique, revue d'économie industrielle, 1989, n°47 pp.6.13

¹⁸ Le décret d'Allarde Du 2 mars 1791 et la loi le Chapelier du 14 juin 1791 ont favorisé le développement du capitalisme ; G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », Dr. soc. 1983, 287, sp. pp. 289 et 290.

¹⁹ Insee.fr, (Institut national de la statistique et des études économiques)

d'efficacité productives, fiscales et financières. La constitution d'un groupe permet également à l'employeur « d'éviter les effets des seuils »²⁰.

12- Aujourd'hui, l'entreprise est devenue « marchandise ». M. le Professeur Hannoun expose que « le développement de l'out-sourcing, de l'externalisation (...) sont autant de techniques destinés à diminuer ou à extérioriser le coût et la gestion du travail »²¹. Ces pratiques discutables sont intrinsèquement liées aux restructurations :

« Fralib, Petrolus, ArcelorMittal, Peugeot Aunay, Air France, les projets de restructuration fleurissent ». Il est alors nécessaire de distinguer « les vrais des faux licenciements économiques »²².

13- A l'aune de cette constatation faite par Mme le Professeur Favennec-Héry, l'on peut déduire que le facteur économique est la motivation de certains groupes de sociétés qui ont recours à des licenciements boursiers. Face à la mondialisation de l'économie et de la concurrence, les dirigeants des groupes sont contraints d'adopter des décisions stratégiques communes à l'ensemble du groupe. Par ailleurs, la nécessité de créer un droit spécifique du groupe en matière de licenciement économique se justifie également par des fondements sociologiques.

2- Les fondements sociologiques

14- Pour mieux appréhender cette prise en compte du groupe de sociétés dans le cadre de la procédure de licenciement économique, il convient d'étudier le comportement d'un groupe de sociétés.

15- Il faut reconnaître qu'une question essentielle se pose inévitablement : Quel est le comportement « normal » d'un groupe de sociétés ? En conséquence, comment le groupe de sociétés doit-il fonctionner pour ne pas porter atteinte illégitimement aux intérêts fondamentaux des salariés, compte tenu du fait que chaque société qui compose le groupe est

²⁰ MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000, p.14

²¹ HANNOUN (C.), La communauté de travail et la création de valeur financière, *op. cit.*

²² FAVENNEC-HERY (F.), L'arrêt Vivéo : fin d'une controverse ?, JCP S, 2012, 1241

autonome, disposant de la personnalité morale ? L'approche sociologique ne permet pas de répondre à cette question. En effet, Mme Aurélie Catel Duet expose que : « entre contingence économique et règle juridique, le sociologue doit chercher à dessiner les frontières des groupes, non pas comme elles devraient être, mais comme elles sont réellement. Nous ne pouvons donc ni systématiser a priori l'idée d'unité organisationnelle du groupe, ni ignorer à l'inverse le principe d'autonomie juridique des entreprises »²³.

16- Cependant il ressort de cette étude réalisée par Mme Catel Duet que le comportement des groupes de sociétés est appréhendé par les analyses économiques et juridiques, comme étant tantôt une firme unifiée, tantôt un ensemble de sociétés²⁴. Et ces propos s'expliquent par le fait que la société donneuse d'ordre contrôle ses filiales, alors même que le groupe ne dispose pas de la personnalité morale, et que chaque entité qui le compose est autonome, car dotée de la personnalité juridique.

17- Mais les agissements des groupes tendant à unifier leur organisation économique et sociale, sont « normaux » dans la mesure où le choix juridique de cette appartenance en est le but. En effet, les définitions du groupe²⁵ permettent de comprendre pourquoi le choix de cette organisation intéresse. Cependant, nous verrons que le juge relève des comportements abusifs et n'hésite pas à sanctionner les groupes qui utilisent de manière illégitime la procédure de licenciement économique.

18- Si les fondements sociologiques nous permettent d'étudier les agissements des groupes de sociétés, il convient d'étudier les fondements juridiques justifiant l'existence d'un droit du licenciement économique de groupe.

²³ CATEL DUET (A), « Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique. », *Droit et société* 3/2007 (n°67) , p. 615-629

²⁴ CATEL DUET (A), *op.cit*

²⁵ V. *infra* de cette introduction

B - Le fondement juridique de cette nécessité

19- Le groupe, « notion fonctionnelle et rebelle à toute définition unique (...) est devenu une pièce maîtresse du droit des relations de travail »²⁶. En outre s'interroger sur l'existence d'un droit des groupes encadrant de tels comportements est nécessaire. D'autant plus que cette interrogation juridique met en balance deux intérêts fondamentaux. Celui de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi.

20- Le constat d'un déséquilibre certain entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi est manifeste. L'emploi du salarié doit être protégé au sein de ces groupes qui, pour diverses raisons économiques licencient les salariés et ont recours à des pratiques stratégiques pour échapper à la lourde procédure du licenciement économique. La procédure légale est alors détournée à leur guise pour multiplier les profits alors que leur santé financière est loin d'être alarmante.

21- Cette adaptation du droit social est d'autant plus nécessaire lorsqu'une filiale d'un groupe est en difficulté. Cependant, elle fait défaut et le législateur n'est pas encore intervenu de façon efficace pour que l'entreprise en difficulté applique les dispositions protectrices du Code du travail, tout en répondant à un impératif de célérité. Selon M. le Conseiller Yves Rouquette-Dugaret, un arrêt Fayat rendu par la Cour d'appel de Nîmes le 15 avril 2014²⁷, est symptomatique des contentieux afférents aux licenciements économiques dans les groupes de sociétés²⁸. Dans cette décision, la Chambre sociale décidait que les licenciements économiques prononcés dans le cadre d'une liquidation judiciaire étaient sans cause réelle et sérieuse, rappelant qu'« en présence d'un groupe, la réalité du motif économique s'apprécie dans la limite du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise »²⁹. Elle déclarait aussi responsable la société Fayat de la liquidation de sa filiale en la caractérisant de coemployeur.

²⁶ CHATARD (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Lexis Nexis, 2013, p.9 : M. Chatard soulève que la notion de groupe est malgré sa référence dans le cadre de restructurations, dans celui des représentant du personnel et de la négociation collective, et enfin dans le cadre de l'épargne salariale, le groupe est une notion transversale « en droit social, comme ailleurs, mais plus qu'ailleurs ».

²⁷ CA Nîmes, 15 avr.2014, n°12/04621

²⁸ ROUQUETTE-DUGARET (Y.) (Conseiller près la Cour d'Appel de Nîmes), Entretien du 16 avril 2015 à l'Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse.

²⁹ En l'espèce, les juges justifient leur décision en exposant que « FAYAT n'a jamais évoqué l'existence de la moindre difficulté économique de sa branche métal (...) ».

22- Le juge social, conscient que les impératifs d'urgence de l'entreprise en difficulté peuvent être une procédure détournée par le groupe de sociétés, écarte la cessation d'activité comme une cause non autonome du licenciement pour motif économique. Cette position est révélatrice d'une prise en compte d'un licenciement particulier au groupe³⁰.

23- Cependant, lorsque l'entreprise en difficulté subit de réelles difficultés économiques, l'application des dispositions légales du droit du travail s'avère difficile. En effet, rechercher des offres de reclassement conformément au droit positif s'avère une opération difficile à l'aune des impératifs de célérité prévus par le Code du travail et le Code des procédures collectives.

24- Mais aussi, lorsque l'entreprise en difficulté cède son activité, et donc se retire du groupe pour survivre, le salarié se trouve lésé dans le cas où l'entreprise cessionnaire ferme à son tour. La difficulté réside dans le fait que le salarié licencié par la société repreneuse perd une chance de bénéficier d'un plan de sauvegarde de l'emploi plus avantageux, car le groupe est tenu de contribuer à son élaboration³¹.

25- Même l'absence de droit spécifique ne traduit pas celle d'une ignorance du groupe de sociétés. Car, comme le soulève Mme Claire Morin, « une évolution non seulement législative mais surtout jurisprudentielle consacre une analyse pragmatique du groupe »³². Cette affirmation peut notamment³³ être justifiée par l'exigence d'un licenciement spécifique au groupe de sociétés³⁴.

26- Cette exigence doit prendre en compte une réalité qui est particulière au groupe de sociétés. Comme le souligne justement M. Meyer, les médias, les pouvoirs publics, et les citoyens n'acceptent plus « le décalage entre la maîtrise économique de l'activité par la société dominante du réseau et l'absence de responsabilité juridique s'agissant des conséquences sociales »³⁵. La nécessité d'un rééquilibrage entre la volonté des groupes d'augmenter les profits, en recourant notamment à des restructurations, et la possibilité de condamner la société donneuse d'ordre s'apprécie à l'aune des intérêts sociaux des salariés.

³⁰ V. *infra* partie II, titre I, chapitre II

³¹ Cass. Soc., 14 nov. 2007, n°05-21.239 ; JCP S 2008, 1081, note F. Dumont

³² MORIN (C.), *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, 2000, p.8

³³ Cette prise en compte du groupe est également représentée par le droit au reclassement dans le groupe, l'appréciation du motif économique.

³⁴ V. *infra*

³⁵ MEYER (F.), « La responsabilité sociale de l'entreprise. Concept juridique ? », *Dr. ouv.* 2005, p. 180

27- Le législateur a embrayé le pas vers une reconnaissance du groupe en matière de licenciement économique³⁶. L'importance du droit des groupes apparaît au regard du nombre croissant de salariés appartenant à des filiales. En effet, un salarié sur deux appartient à un groupe de sociétés, alors pourquoi lorsque l'on ouvre le Code du travail, peine-t-on à trouver des dispositions applicables au groupe ? Prospérité économique et protection du travailleur ne sont pourtant pas antinomiques³⁷.

28- Le constat d'une absence de législation particulière en droit du travail ne signifie pas pour autant que les groupes sont ignorés. Un droit spécifique existe bel et bien, c'est l'objet de cette thèse de le démontrer. L'existence d'un licenciement propre au groupe est ainsi reconnue par le droit social.

II – L'existence d'un licenciement économique spécifique au groupe de sociétés

29- Le législateur social a pris en compte de manière insuffisante l'existence d'un droit de licenciement dans le groupe (A), mais la jurisprudence contrebalance cette lacune en la construisant de manière significative (B).

A – La prise en compte insuffisante par le législateur social

30- L'incidence de la reconnaissance d'un groupe de sociétés est importante en droit du licenciement économique, puisqu'il existe une réelle prise en compte du groupe dans cette procédure. La définition du groupe est donc indispensable pour que la prévention des licenciements soit plus efficace.

³⁶ V. *infra* de cette introduction

³⁷ Propos avancés par M. P-H. ANTONMATTEI lors d'un entretien à la faculté de droit de Montpellier le 21 septembre 2015.

31- Le législateur n'a pas défini strictement la notion de « groupe de sociétés ». Par « groupe de sociétés », nous entendons « groupes d'entreprises », et il n'est pas nécessaire d'accorder une importance moindre à l'une ou l'autre des expressions, nous assimilons les deux. Il convient de ne pas distinguer le terme « entreprise » à celui de « société » pour l'objet de notre étude. Comme le soulève Maître Robé, « la société permet ainsi une certaine forme de personnification de l'entreprise, qui fait que l'on assimile souvent l'une à l'autre »³⁸.

32- La notion de groupe n'est pas non plus définie en l'état actuel du droit positif, et ne peut donc être appréhendée comme un sujet de droit. Le groupe n'est pas appréhendé par le droit positif de manière globale. Le législateur social définit le groupe à certaines occasions. En effet, le législateur a défini le groupe pour la constitution d'un comité de groupe, pour le rapatriement des salariés mis à disposition d'une filiale étrangère. En outre, le législateur reconnaît le groupe dans les relations collectives (1), et individuelles de travail (2).

³⁸ ROBE (J-P.), *L'entreprise et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 24

1 - Le groupe reconnu dans les relations collectives de travail

33- Le droit social ne fait référence au groupe de sociétés que dans le cadre de l'obligation de constituer une instance représentative, où le législateur définit les contours de la notion. Le groupe est également reconnu dans le cadre des accords collectifs de groupe.

34- Le législateur a également pris en compte le groupe de sociétés en 1982, par la loi Auroux³⁹. Avant cette date, la pratique professionnelle établissait par voie conventionnelle, des instances de dialogue social au plus haut niveau⁴⁰. Cependant, le législateur y fait référence seulement dans le cadre de la constitution d'un comité de groupe et non dans le cadre de la procédure de licenciement économique. Par ailleurs, le droit du travail et le droit des sociétés appréhendent de manière différente la notion de groupe, dans le cadre de la constitution d'un comité de groupe.

35- S'agissant du droit du travail, l'article L. 2331-1 du Code du travail dispose notamment qu'un « comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle (...) »⁴¹. Par ailleurs, ledit article précise qu'une entreprise dominante est caractérisée dès lors qu'elle exerce « une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique »⁴². De plus, le Code du travail institue une présomption réfragable de l'existence d'une influence dominante si un des critères ci-après est satisfait par l'entreprise dominante :

La société dominante :

- «- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;
- dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise »⁴³.

³⁹ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 art. 38 Journal Officiel du 29 octobre 1982

⁴⁰ TEYSSIE (B.), Les groupes de sociétés et le droit du travail, Droit social 2010 p. 735

⁴¹ Article L. 2331-1, I) C.trav

⁴² Article L. 2331-1, II) C.trav

⁴³ Article L. 2331-1, II) C.trav

36- Le champ d'application de cet article se limite au groupe dont la société mère, « société dominante » est située en France. Pour le législateur, les filiales françaises dont la société mère est implantée en France ne constituent pas un groupe, sauf si elles forment un sous-groupe avec une entreprise française qui les contrôle, et qui est elle-même dominée par une société étrangère⁴⁴.

37- S'agissant de la définition de la notion de groupe, cette disposition prévoit que le groupe est formé par la société mère, « entreprise dominante », et les « sociétés contrôlées », représentant les filiales. Le groupe est donc formé par deux entreprises au minimum. L'article L 2331-1 I° renvoie expressément au Code de commerce pour la notion de contrôle. L'étude des dispositions auxquelles le Code du travail fait référence permet de définir la notion de groupe de sociétés, mais cette appréhension a pour but de déterminer le champ d'application de l'obligation de constituer un comité de groupe.

38- Il est nécessaire d'étudier cette notion de groupe au sens du droit des sociétés pour mettre en exergue une différence notable d'appréhension de la notion par le droit du travail.

39- Tout d'abord, l'article L. 233-1 du Code de commerce dispose que « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ». Le contrôle de la société mère sur sa filiale, et donc l'existence d'un groupe de sociétés peut alors être déterminée par la détention de plus de la moitié du capital de cette dernière.

40- Puis l'article L. 2331-1 du Code du travail renvoie aux I et II de l'article 233-3 du Code du commerce⁴⁵ et prévoit que le groupe de sociétés existe lorsque :

⁴⁴ MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000, p.303

⁴⁵ Ce texte prévoit que : « I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. »

- La détention, même « indirect », du capital nécessaire permet à une société d'obtenir la majorité des droits de vote dans l'assemblée générale d'une autre société
- Un contrat ou une clause statutaire avec des associés ou actionnaires confère à une seule société la majorité des droits de vote
- Les droits de vote d'une société lui permettent de déterminer « en fait » les décisions dans les assemblées générales d'une autre société
- La qualité d'actionnaire ou d'associée d'une société lui permet de nommer ou de révoquer la majorité des organes de direction d'une autre société.

41- L'existence du groupe par la détermination du contrôle d'une société sur une autre est présumée dès lors que 40 % des droits de vote sont détenus et que cette fraction représente la majorité, « directement ou indirectement » par une société dans une seconde. Mais on remarque que l'influence de la société mère est dominante même en l'absence de la majorité du capital puisque son pouvoir de désignation, son pouvoir de voter ou un accord peuvent lui permettre de « gérer » les affaires d'une filiale.

42- On s'aperçoit que la notion de groupe dans le cadre de l'obligation de constituer un comité de groupe n'est pas appréhendée de la même manière par le droit du travail et le droit commercial. L'absence d'harmonisation de la définition du groupe interpelle.

43- Le droit commercial considère que la détention de la moitié du capital par une entreprise, et l'influence dominante qu'elle exerce sur une autre société permettent de déduire l'existence d'un groupe de sociétés ; Le droit du travail qui s'inspire largement de cette définition ajoute que la détention de dix pour cent du capital suffit, et que « la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique »⁴⁶. En conséquence, les dispositions du Code du travail permettent d'étendre le champ d'application de l'obligation de constituer un comité de groupe aux sociétés qui sont établissent des relations démontrant l'appartenance à un même ensemble économique. Autrement dit, selon le droit du travail, un groupe peut être caractérisé dès lors que dix pour cent du capital d'une société est détenu par une autre alors que le Code du commerce souhaite restreindre cette exigence aux sociétés qui en détiennent la moitié.

⁴⁶ Article L. 2331-1 II) C.trav.

44- D'ailleurs, M. Cédric Jacquelet déduit à la lecture de « ce *corpus* de normes »⁴⁷ qu'il existe deux présomptions légales possibles pour caractériser l'existence d'un groupe, et donc l'obligation de constituer un comité de groupe. L'une étant objective, celle interprétée à la lumière du Code de commerce, et l'autre subjective, sous l'influence du Code du travail. Cette formule reflète exactement la différence notable au regard des deux matières et se justifie par le but poursuivi. Le droit du travail protège les intérêts des salariés tandis que le droit commercial assure la préservation de ceux de l'entreprise.

45- Avec les effets de la mondialisation du marché intérieur, la nécessité d'élargir le périmètre des grands groupes au niveau international s'est construite. C'est en 1994 que la directive communautaire⁴⁸ a institué l'obligation de constituer un comité d'entreprise européen, transposée en France par la loi du 12 novembre 1996⁴⁹. Ainsi, pour les groupes de dimension communautaire comptant au moins mille salariés, implantés dans au moins deux états appartenant à l'union européenne ou espace économique européen, ce comité doit être consulté avant tout projet de licenciement économique. Là aussi, on constate que le droit français s'implique face à la croissance et l'élargissement du périmètre des groupes.

46- Avant la prise en compte du législateur de la conclusion d'accords de groupe, la pratique professionnelle avait également de l'avance⁵⁰. La loi du 4 mai 2004⁵¹, dite loi Fillon IV⁵² instituant l'article L. 2232-30 du Code du travail prévoit que « la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe ». Les organisations syndicales sont alors mobilisées pour créer un dialogue sécurisant de l'emploi.

47- Selon M. le Professeur Mazeaud, « il est sans doute plus fréquent d'observer des accords de renonciation à un projet de délocalisation en échange d'un gel ou d'une révision

⁴⁷ MARTINON (A.), Le licenciement pour motif économique, Lexis Nexis, 2012, p.28.

⁴⁸ Directive concernant « l'institution d'un comité d'entreprise européen ou dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire d'une procédure en vue d'informer et de consulter les travailleurs », du 22 décembre 1994, n°94-45

⁴⁹ Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, du 12 novembre 1996, n° 96-985.

⁵⁰ Cass., soc. 30 avr. 2003, n° 01-10.027, « Des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe dès lors que les négociations pour lesquelles ils lui donnent compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise. »

⁵¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004

⁵² Sur la question des accords de groupe v., ANTONMATTEI (P-H.), La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations, Dr. soc.2004 p.601 ; ANTONMATTEI (P-H.), Les accords de groupe, Dr. Soc. 2008 p.57

d'avantages conventionnels, notamment en termes de durée du travail ou de politique salariale, sorte d'accords de non-restructuration. Ou bien, un accord de sortie de crise peut reporter dans le temps ou aménager un projet d'externalisation (SFR...). Ce sont des accords donnant-donnant ou des accords de gestion »⁵³. Ces propos nous permettent d'affirmer que les accords collectifs de groupe contribuent à la prévention des licenciements économiques envisagés dans le cadre de restructurations, ou externalisations. La négociation permet alors au groupe d'éviter ou de retarder des restructurations entraînant inévitablement des licenciements.

48- Par exemple, « chez Nouvelles Frontières⁵⁴, les organisations syndicales ont estimé, récemment, avoir sauvé 54 postes sur les 484 menacés, grâce au PSE »⁵⁵. Nous verrons que le plan de sauvegarde de l'emploi est spécifique au groupe car il doit être adapté aux moyens dont dispose le groupe ; de sorte, l'application de reclassement représente un des piliers de la procédure de licenciement, s'orientant vers une prévention des licenciements dans le groupe. La prévention des licenciements économique se manifeste également à travers la reconnaissance du groupe de sociétés dans les relations individuelles de travail.

2 - Le groupe reconnu dans les relations individuelles de travail

49- Par la loi du 13 juillet 1973⁵⁶ instituant l'article L. 122-14-8 (nouvel article L. 1231-5) du Code du travail, le législateur a pris en compte le groupe de sociétés et prévoit le rapatriement du salarié engagé par une société mère, et mis à disposition d'une filiale étrangère, dans le cadre d'un licenciement. En effet, l'article L. 1235-1 alinéa 1 du Code du travail dispose que « lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein ». Cette référence au groupe est pourtant insuffisante car l'obligation de reclassement incombe à la société mère avec qui le

⁵³ MAZEAUD (A.), Accords collectifs et restructurations, Droit social 2008 p.66

⁵⁴ Un groupe comptant des agences de voyage

⁵⁵ FAVENNEC-HERY, L'arrêt Vivéo : fin d'une controverse ?, JCP S, 2012, 1241

⁵⁶ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973

salarié a conclu un contrat de travail, et qui a mis à disposition ce dernier à une filiale du groupe.

50- De plus, ce texte traite seulement de la relation entre la société mère et le salarié mis à disposition, et ne permet pas de répondre à diverses questions que pose le licenciement économique d'un salarié engagé par une filiale, et travaillant sur le territoire français. En outre, ce texte est restreint et ne traite que d'un cas particulier, celui du salarié engagé par la société mère d'un groupe de sociétés et mis à disposition d'une filiale étrangère. La jurisprudence sociale est donc intervenue pour pallier cette insuffisance législative et construire un droit des groupes.

B - La construction significative par la jurisprudence sociale

51- La jurisprudence a construit peu à peu cette reconnaissance, notamment dans le cadre du licenciement pour motif économique. Le juge a su adapter le droit du licenciement économique tel qu'il est régi par le droit du travail au groupe de sociétés.

52- La Cour de cassation a eu l'occasion de reconnaître un plan de sauvegarde de l'emploi de groupe, un droit au reclassement dans le groupe délimité au critère de la permutation du tout ou partie du personnel et en fonction du secteur d'activité, une appréciation spécifique du motif économique en fonction des moyens dont dispose le groupe.

53- Il sera alors démontré que le groupe de sociétés est reconnu dans le cadre de l'appréciation du motif économique par le juge⁵⁷. L'exemple le plus convaincant de cette prise en compte est l'appréciation des difficultés économiques au niveau du groupe. En effet, alors qu'il est de jurisprudence constante que l'établissement qui licencie doit justifier les difficultés économiques au niveau de l'entreprise⁵⁸, le périmètre des difficultés économiques lorsque l'employeur d'une filiale appartenant à un groupe a recours à cette procédure de licenciement, est étendu au secteur d'activité du groupe.

⁵⁷ V. *infra*, partie II, titre I, chapitre II, section I.

⁵⁸ Cass., soc., 17 juin 1992, n° 89-42769 ; cass., soc., 16 oct. 1998, n°95-41378 ; cass., soc., 26 oct. 2005, n°03-41972

54- L'existence de ce secteur d'activité est, depuis la décision de la Cour de cassation en date du 25 juin 1992⁵⁹ réaffirmée le 5 avril 1995⁶⁰, un pas conséquent du juge qui reconnaît le groupe comme une entité économique et sociale. C'est principalement pour cette raison que l'élargissement du périmètre est également pris en compte lorsque le groupe est international.

55- Le législateur n'a pas défini les contours de la notion de secteur d'activité dans son article L. 1233-3 du Code du travail. Il convient donc de se référer à la définition de l'INSEE, et à celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

56- Selon la définition de l'INSEE, le secteur d'activité est « un secteur (qui) regroupe des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la même activité principale (au regard de la nomenclature d'activité économique considérée). L'activité d'un secteur n'est donc pas tout à fait homogène et comprend des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature que celui du secteur considéré. Au contraire, une branche regroupe des unités de production homogènes »⁶¹.

57- La Cour de cassation a également précisé la notion de secteur d'activité pour apprécier l'appartenance d'une filiale à tel ou tel secteur d'activité. L'arrêt du 23 juin 2009 rendu par la Chambre sociale en est une parfaite illustration. En effet, dans cette décision les Hauts magistrats décident que « la spécialisation d'une entreprise dans le groupe ou son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques »⁶². Là aussi, l'on constate que le juge souhaite élargir le droit du groupe pour prévenir les licenciements. Nous verrons que le secteur d'activité est un outil pour le juge qui participe à l'existence de ce droit spécifique. Le constat de cette création prétorienne du secteur d'activité démontre que le groupe est reconnu comme une entité économique et sociale. L'absence de définition législative des contours de la notion de secteur d'activité n'entache pas la reconnaissance du groupe comme entité économique et sociale. Au contraire, l'on pourrait aisément penser qu'elle permet au juge de s'adapter aux pratiques de certains groupes pour qualifier un secteur d'activité au cas par cas.

⁵⁹ Cass., soc., 25 juin 1992, n° 90-41.244

⁶⁰ Cass., soc., 5 avr. 1995, Sté THOMSON, n° 93-42690

⁶¹ www.insee.fr

⁶² Cass. soc. 23 juin 2009, n° 07.45.668

58- La jurisprudence applique également le droit qu'elle a construit à des sociétés qui nient appartenir à un groupe. Le juge s'est récemment penché sur cette définition pour vérifier la cause économique du licenciement et la décision ci-après illustrée démontre que le juge accorde une importance particulière à une application spécifique de la procédure de licenciement. En effet, le 30 avril 2014, la Cour de cassation décide qu'« ayant constaté que la société Vassel et le groupe Firopa faisaient état, dans leur documentation respective, de ce que celle-ci appartenait au groupe Firopa, que les directeurs généraux de la société holding Firopa et de la société Vassel étaient convoqués à la même réunion de la délégation unique du personnel, et que la société Vassel et l'ensemble des sociétés du groupe Firopa œuvraient dans le même secteur d'activité, la cour d'appel a pu en déduire, en l'état des éléments qui lui étaient soumis, que l'employeur faisait partie du groupe Firopa, en sorte que la cause économique invoquée devait être vérifiée au niveau du secteur d'activité de ce groupe, et, qu'aucune justification n'étant produite à cet égard, le licenciement motivé par les seules difficultés de la société était dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé »⁶³. Il ressort de cette décision que le groupe peut être « apparent »⁶⁴, et le juge se fonde sur des indices de gestion de fait pour asseoir son raisonnement. Ce raisonnement est protecteur de l'emploi, puisque l'emploi est protégé par l'élargissement de la définition de groupe de sociétés et le groupe est alors considéré comme une entité de fait et « qualifier le groupe de sociétés d'entité c'est lui reconnaître une réalité »⁶⁵.

59- La définition du groupe de sociétés de M. le Professeur Guyon semble la plus appropriée. En effet, ce dernier le définit comme « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique »⁶⁶. En outre, chaque société du groupe forme un « ensemble » qui répond à une même stratégie économique (émise par la société mère), mais chaque société qui le compose est « indépendante », car elle est dotée de la personnalité morale. L'unité de décision est donc centralisée par une entreprise dominante, la société mère ou holding, tandis que l'ensemble des autres sociétés composant le groupe sont les filiales.

60- Selon M. le Professeur Saintourens, « alors même que son identité juridique est niée (ce n'est pas une personne juridique), il envahit l'essentiel du champ du droit avec cette singularité

⁶³ Cass., soc., 30 avr. 2014, n° 12-35.219

⁶⁴ CICERCHIA (T.), Vers la reconnaissance du groupe apparent ?, JCP S n°28, 15 juill. 2014, 1300

⁶⁵ MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000

⁶⁶ Guyon (Y.), Droit des affaires, Tome I, 12ème éd, Economica, 2003, n°580.

que l'objet examiné n'est pas le même selon le domaine, le contexte normatif ou jurisprudentiel dans lequel on se situe. Il est un peu comme ces objets qui changent d'aspects selon l'éclairage que l'on projette sur eux »⁶⁷. Ce dernier justifiait ses propos en exposant qu'en termes de fiscalité, les groupes revendiquent la reconnaissance de ce lien particulier pour bénéficier du régime fiscal de faveur, alors qu'en parallèle la société mère nie l'existence de liens particuliers entre ces sociétés pour se dédouaner de la responsabilité des licenciements prononcés sans cause réelle et sérieuse. Aussi, le droit de la concurrence a évolué et a, au fil des années accrue la reconnaissance du groupe de sociétés⁶⁸. L'étude d'une reconnaissance d'un droit spécifique du groupe est donc indispensable à l'aune de la procédure actuelle du licenciement pour motif économique. Finalement, existe-il un véritable droit des groupes dans le cadre d'un licenciement économique ?

61- Au regard d'une procédure complexe, mais aussi du manque cruel d'encadrement législatif en matière de groupes de sociétés, il s'agit ici de mettre en exergue l'existence d'un droit du groupe dans le cadre de la procédure de licenciement économique, d'une part dans le cadre de la prévention des licenciements, et d'autre part lors de leur mise en œuvre.

62- Notre étude sera nourrie de comparaisons entre le droit applicable à un groupe et à celui d'une société ne faisant pas partie d'un groupe; mais aussi par la mise en exergue d'une éventuelle inadaptation du droit du travail à la protection de l'emploi dans les groupes notamment lorsque le groupe décide volontairement de fermer une filiale. Pour finir il sera traité de l'opportunité de réformer le droit du travail en la matière.

63- Il s'agira alors dans un premier temps d'étudier comment cette procédure prévient-elle la survenance du licenciement et maintient-elle l'emploi. À ce titre, on s'intéressera aux mesures protectrices du salarié qui permettent d'éluder le déclenchement de cette procédure par l'employeur et protéger l'emploi en priorité. La détermination de l'appartenance à un groupe a-t-elle une influence sur le périmètre de l'obligation de reclassement, et plus particulièrement dans le sens d'une protection accrue de l'emploi dans les groupes ? Lorsque l'entreprise est en cessation de paiements sur ordre de la filiale, la procédure est-elle similaire ?

⁶⁷ SAÏNTOURENS, Le licenciement pour motif économique dans un groupe de sociétés hors coemploi, JCP S n° 46, 12 novembre 2013, 1437

⁶⁸ Brun (B.), la prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence, Dr. Sociétés 2006, n°12

64- Il apparaît que la procédure de licenciement est draconienne, à tel point que M. Frédéric Géa présente le droit du licenciement comme « contre-productif » par sa lourdeur et sa complexité⁶⁹. Cette réalité participe *a fortiori* à une prévention des licenciements économiques, en ce qu'elle démontre l'existence d'une procéduralisation des licenciements économiques, applicables et spécifique du groupe. Tels sont les premiers enjeux et problèmes qui guideront la réflexion menée dans la première partie de notre recherche. Elle sera donc consacrée à la prévention des licenciements économiques dans les groupes de sociétés (partie I).

65- Lorsque le licenciement sera prononcé dans un groupe de sociétés, il sera opportun d'étudier les critères déterminant d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement. On se posera alors la question de savoir si la procédure des licenciements ainsi que l'appréciation du motif économique par le juge sont identiques, que l'on soit en présence ou non d'un groupe. En ce sens, on se penchera sur la position adoptée par le juge. Il est alors question de savoir si la Chambre sociale applique à la lettre le Code du travail pour parvenir à une sécurisation de l'emploi dans les groupes. Cette question de l'appréciation du motif économique aura tout autant d'intérêt lorsqu'une entreprise du groupe fait l'objet d'une procédure collective. Et lorsque le motif économique ne répond pas aux exigences définies par le législateur et adaptées au groupe par la jurisprudence, à qui est imputable la rupture ? Les salariés souhaitent que le groupe réponde de ses actes et souhaitent que la société mère soit qualifiée de coemployeur pour que les réels auteurs de la rupture soient sanctionnés. Ces enjeux supplémentaires seront étudiés à travers la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés (Partie II).

Partie I : La prévention des licenciements économiques dans les groupes de sociétés

Partie II : La mise en œuvre des licenciements économiques dans les groupes de sociétés

⁶⁹ GEA (F.), Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi, Dr. Soc. 2013, n°3, p.210.

- PARTIE I -

LA PREVENTION DES LICENCIEMENTS ECONOMIQUES DANS LE GROUPE DE SOCIETES

66- Le droit français dispose d'une procédure contraignante et dissuasive pour l'employeur. Le législateur a instauré une procédure stricte comprenant l'application de plusieurs étapes successives obligatoires afin de préserver l'emploi. A travers une procéduralisation des licenciements économiques ou une anticipation des licenciements, il existe un droit des licenciements économiques dans les groupes qui permet d'éluder ou de réduire le nombre de rupture de contrat.

67- Pour prévenir les licenciements, le législateur prévoit que les licenciements économiques soit d'une part, procéduralisés et d'autre part, anticipés. Les dispositions qui régissent la procéduralisation des licenciements doivent être étudiées dans une entreprise appartenant à un groupe (titre I). Dans le même esprit, la loi prévoit des mesures d'anticipation et il est essentiel d'appréhender ces dispositifs dans le groupe (titre II).

- TITRE I –

LA PROCEDURALISATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE

68- Il convient de rechercher si le droit du travail protège l'emploi des salariés faisant partie d'un groupe. De plus en plus de groupes de sociétés ont recours à des plans de restructuration, et nombreux sont les salariés qui perdent leurs emplois, parfois sans que la nécessité économique soit justifiée⁷⁰. Les groupes de sociétés n'hésitent pas à se séparer de leurs salariés pour ne pas prendre de risques financiers. Dans ce contexte, il sera intéressant d'appréhender la prévention du licenciement par la notion de contrainte. Cette contrainte est caractérisée par « la procéduralisation » selon le terme de Louis FAVOREU. François GAUDU, lui aussi soulevait « cette tendance à la procéduralisation »⁷¹, notamment dans la des licenciements économiques. Une contrainte devrait dissuader les groupes de recourir à des licenciements stratégiques. Cet effet dissuasif est au service de la protection de l'emploi. Ces caractères contraignants et dissuasifs pour l'employeur qui projette de licencier des salariés sont autant de démonstrations élaborées par le législateur pour prévenir les licenciements économiques, et par là même, protéger l'emploi.

69- Ainsi, ce chapitre premier a trait à la procéduralisation applicable au groupe (chapitre I). Le droit du travail dispose d'une arme solide pour prévenir le déclenchement d'une procédure de licenciement économique, qu'il soit individuel ou collectif : l'obligation de reclassement. C'est un dispositif presque infranchissable pour l'employeur, et surtout lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe. L'obligation de reclassement prévient le licenciement économique dans le groupe de sociétés, car il existe une obligation de reclassement spécifique au groupe (chapitre II).

⁷⁰ V. *infra*, sur « la cause réelle et sérieuse du licenciement spécifique au groupe », partie II, titre I, chapitre II

⁷¹ F. GAUDU, « l'ordre public en droit du travail », Etudes offertes à JACQUES GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2015, p.373

- CHAPITRE I -

LA PROCEDURALISATION APPLICABLE AU GROUPE

70- Par accord syndical du 20 octobre 1986, repris par la loi du 30 décembre 1986, les syndicats ont négocié avec succès l'instauration d'une procédure longue et lourde. Cet accord avait été prévu en remplacement de la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, qui depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a été réinstaurée⁷². Le législateur n'a pas prévu de procédure de licenciement spécifique au groupe de sociétés, mais ce droit existe à travers l'application de cette procédure de licenciement telle qu'elle existe, au groupe. La procédure de licenciement économique est stricte et orientée vers la protection de l'emploi. Elle s'applique communément que l'entreprise fasse ou non partie d'un groupe, car elle adaptable au groupes de sociétés.

71- Il convient ici de mettre en exergue la prévention des licenciements économiques par une procédure contraignante pour l'employeur, nécessaire pour prévenir ou éluder le nombre de licenciement. Il convient également de comparer les dispositifs de protection de l'emploi en l'existence d'un projet de licenciement individuel, ou collectif. L'employeur qui doit appliquer la procédure de licenciement individuel se heurte moins à une procéduralisation marquée, à l'aune de celle des licenciements collectif. Par exemple, dans le cadre d'une procédure de licenciement individuel, la consultation du comité d'entreprise n'est que facultative, et la procédure d'entretien préalable ne représente qu'une « obligation de convocation »⁷³ ; il n'en reste pas moins que cette contrainte est de mise lorsqu'il s'agit pour l'employeur de licencier un salarié, car le motif du licenciement doit être dicté par le motif invoqué⁷⁴.

72- En somme, la procédure de licenciement individuel et collectif est orientée vers la protection de l'emploi (section I). Cependant le licenciement collectif se distingue par

⁷² V. *infra*, chapitre suiv.

⁷³ V. *infra*, section I

⁷⁴ V. *infra*, Partie II, Titre I, chapitre II « la cause réelle et sérieuse spécifique au groupe ». Même s'il est évident que l'exigence d'un motif économique réel et sérieux démontre la procéduralisation des licenciements dans le groupe, il convient d'étudier cette notion dans notre seconde partie, dans le cadre de la mise en œuvre des licenciements économiques dans le groupe de sociétés.

l'existence d'un renforcement du processus de consultation et de protection de l'emploi (section II).

Section I - Le licenciement individuel et collectif : une procédure orientée vers la protection de l'emploi

73- La procédure de licenciement économique individuel est presque identique à celle du licenciement pour motif personnel. Mais il demeure des spécificités attachées à la procédure du licenciement individuel pour motif économique. Ces spécificités sont mises en exergue par l'application de l'ordre des licenciements (§3), représentant une mesure de prévention à l'arbitraire de l'employeur et donc préservant l'égalité de traitement des salariés. Cette contrainte est également notable par la procédure de notification car elle nécessite l'indication par l'employeur de mesures accompagnatrices dans l'emploi (§4). Lors d'un licenciement individuel, l'entretien préalable est une obligation de forme (§2), et la consultation du comité d'entreprise n'est que facultative (§1).

§1 - Le caractère facultatif de consultation préalable à un licenciement individuel

74- Le droit du travail fait état du caractère facultatif de consultation du comité d'entreprise, ou des représentants du personnel le cas échéant, dans le cadre de la procédure du licenciement individuel. Il semble que cela est dû à la rédaction du Code du travail qui prévoit la consultation uniquement dans le cadre d'un licenciement collectif. En effet, l'article L. 2323-6 du Code du travail dispose que « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ». L'article L. 1233-8 du Code du travail issu de la loi du 22 mars 2012⁷⁵ dispose que « l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte

⁷⁵ L. n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43.

le comité d'entreprise dans les entreprises « d'au moins cinquante salariés », les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés, dans les conditions prévues par la présente sous-section ».

75- Il convient, à la lecture de ces articles, de réitérer les propos avancés précédemment. Autrement dit, le caractère facultatif de cette consultation « peut » être inféré, et bien entendu, ces dispositions s'appliquent à l'entreprise faisant partie d'un groupe de sociétés. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que l'on interprète l'article L. 2323-6 du Code du travail en ce que la consultation pourrait être obligatoire compte tenu de l'information relative au volume et à la structure des effectifs de l'entreprise ou du groupe.

76- La Chambre criminelle opte pour une consultation facultative en cas de licenciement individuel. En effet, elle décide dans un arrêt du 13 janvier 1998 que « l'incrimination prévue par l'article L. 432-1 du Code du travail (L. 2323-6 nouveau) n'est ni obscure ni imprécise. En effet, l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise, prévue par l'alinéa 1^{er} de ce même texte, s'entend des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, dès lors que lesdites mesures sont importantes et ne revêtent pas un caractère ponctuel ou individuel »⁷⁶. Il apparaît alors évident que l'article en question doit être interprété de manière à rendre cette consultation facultative dans le cadre d'un licenciement individuel pour motif économique, et cela au regard de l'absence d'ambiguïté relevée par la chambre criminelle⁷⁷.

77- Lorsque l'employeur envisage de licencier un salarié au sein de l'entreprise ou du groupe par le biais de la procédure individuelle, il n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise en vertu de l'article L. 1233-8 du Code du travail. Cependant, ce dernier peut s'il le juge nécessaire soumettre son projet au comité d'entreprise, puisque le caractère facultatif suppose une liberté dans la gestion de cette consultation. L'employeur qui déclenche la procédure de licenciement économique individuel a cependant l'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable.

⁷⁶ Cass.Crim. 13 janv. 1998: *Bull. Crim.* n° 17.

⁷⁷ Cette absence d'ambiguïté se manifeste par l'absence de jurisprudence quant à une interprétation large de l'article L. 2323-6 du Code du travail.

§2 - Le caractère obligatoire de la « convocation » à entretien préalable au licenciement individuel

78- L'article L. 1233-38 du Code du travail alinéa premier dispose que « lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours et qu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas ».

79- Une interprétation *a contrario* de cette disposition permet de déduire que l'entretien préalable n'est obligatoire que dans la procédure de licenciement individuel.

80- L'employeur doit avertir le salarié avec lettre recommandée et accusé de réception ou remise en main propre en respectant un délai de 5 jours ouvrables entre l'émission de la lettre et la date de convocation⁷⁸. Ce délai est d'ordre public car il a pour but d'accorder au salarié le temps nécessaire à la recherche d'un conseiller pour se faire représenter lors de l'entretien. L'employeur qui y dérogerait serait contraint de réparer le préjudice du salarié dans le cas où le salarié invoquerait une irrégularité de la procédure lors d'une éventuelle contestation. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 2005⁷⁹. Dans cette décision la Chambre sociale affirme que ce délai n'est pas un droit et donc que le salarié ne peut y renoncer. La lettre d'entretien préalable au licenciement doit mentionner l'objet de l'entretien, la date l'heure et le lieu. La lettre de convocation doit mentionner la possibilité de se faire représenter par un représentant du personnel ou à défaut, un conseiller du salarié. Cet entretien est indispensable pour le salarié qui sera informé des mesures d'accompagnement et d'évaluation.

81- Plusieurs employeurs se posent la question de savoir si un appel téléphonique ayant pour but d'avertir le salarié peut être source d'irrégularité de la procédure. La Cour rappelle que la lettre recommandée et la remise en main propre sont admises. La seule conversation téléphonique ne peut suffire à informer de manière effective le salarié⁸⁰. Il existe des cas où le salarié ne peut se rendre à l'entretien. Se pose alors la question de la validité de la procédure en cas d'absence du principal intéressé. L'on pourrait légitimement croire que la justification préalable d'une impossibilité de se rendre à l'entretien, ôterait à la procédure sa validité dans

⁷⁸ Article L.1232-2 C. trav.

⁷⁹ Cass. Soc 28 juin 2005, n°02-47.128.

⁸⁰ Cass. Soc 14 nov. 1991, n°90-44.195.

le cas où il n'y aurait aucun report envisagé. Cette affirmation peut être illustrée par un arrêt en date du 1^{er} février 2001⁸¹, dans laquelle la Cour de cassation avait retenu que la procédure de licenciement du salarié absent pour des raisons de santé, avait été violée. Cette décision fait apparaître la volonté des juges de protéger le salarié lésé en ce qu'elle affirmait que la procédure n'avait pas été respectée au regard de l'absence de report de l'entretien préalable au licenciement. En réalité, cette décision ne relate qu'un fait d'espèce, et sanctionne-la faute de l'employeur. La Cour s'est positionnée de cette manière, car elle avait retenu que l'employeur connaissait la situation du salarié et savait pertinemment que celui-ci était dans l'impossibilité totale de se déplacer puisqu'il était en période de convalescence. L'intention dolosive de l'employeur a fait pencher la balance en sa défaveur.

82- Il est traditionnellement admis que l'employeur n'est pas tenu de renvoyer l'entretien lorsqu'un événement empêche le salarié de s'y présenter⁸². En réalité, l'obligation de l'employeur s'arrête à la seule convocation. En effet, il a été jugé par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 26 mai 2004⁸³ que le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié absent le jour de la convocation, en raison de son état de santé, est valable, l'employeur n'ayant pas l'obligation de convoquer ultérieurement le salarié. Quelle que soit la cause de l'absence du salarié, il appartient à lui seul de s'adapter, par exemple faire suivre son courrier en cas de déménagement. Ainsi, à l'aune de la décision du 1^{er} février 2001⁸⁴, la seule exception au principe de l'obligation de convocation est la faute de ce dernier.

83- On peut d'ores et déjà, à cette étape de la procédure du licenciement, affirmer que la convocation à un entretien est partie d'une « procéduralisation », en ce que l'employeur doit respecter scrupuleusement les étapes de convocation ainsi que le contenu légal. Même si l'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable n'est que formelle, il n'en reste pas moins l'employeur doit respecter le processus de la mise en œuvre du licenciement économique. D'ailleurs, selon certains auteurs, « la procédure d'entretien préalable peut apparaître, sinon comme un embryon de procédure contradictoire, du moins comme une règle de politesse élémentaire (...) »⁸⁵. Par cette formule, les auteurs entendent faire valoir la nécessité d'une telle procédure, qui représente un moyen pour le salarié d'être informé sur les motifs de son licenciement, pour le moins indispensable à cette étape du processus. Cette

⁸¹ Cass. Soc. 1^{er} févr. 2001, n°98-45.784.

⁸² Cass.soc 14 mars 1985, n°83-40.898 ; Cass.soc, 25 nov. 1992, n°89-42.186.

⁸³ Cass. Soc. 26 mai 2004, n°02-40.681 ; RJS 2004.616, n°898

⁸⁴ Cass. Soc. 1^{er} févr. 2001, prec.

⁸⁵ AUZERO (G.), DOCKES (E.), Droit du travail, Dalloz, 2014, 28eme édition, p. 470

obligation formelle est applicable au groupe de sociétés. Les employeurs doivent également se confronter à une nouvelle étape de la procédure individuelle ou collective du licenciement économique, l'application de l'ordre des licenciements.

§3 - Le caractère contraignant de l'ordre des licenciements à l'aune de l'égalité de traitement

84- L'application de l'ordre des licenciements représente une protection encore plus ciblée de l'emploi et reflète plus encore une « procéduralisation » du licenciement pour motif économique par son caractère obligatoire.

85- Cette obligation représente un frein pour l'employeur, lors de la procédure de licenciement individuel et collectif. De prime abord, on pourrait croire que cette procédure laisse une liberté certaine à l'employeur, mais en réalité elle représente une contrainte à la hauteur de la protection des salariés. M. le Professeur Gérard Couturier considère que l'ordre des licenciements ne remet pas en cause la personne⁸⁶, car on ne vise pas le salarié, mais celui qui entre dans le champ d'application des critères retenus. L'application de l'ordre des licenciements est une arme dissuasive contre l'arbitraire des employeurs (A), et cela est corroboré par le régime des sanctions applicable (B).

A- La dissuasion de l'arbitraire par la procédure

86- En vertu de l'article L. 1233-17 du Code du travail, le salarié peut demander⁸⁷ à l'employeur d'être informé sur l'ordre des critères retenus par ce dernier, et cela dans un délai de 10 jours à compter de la date de son licenciement. Il doit recevoir une réponse dans un délai de 10 jours à compter de la demande du salarié, soit par lettre recommandée, soit par remise en main propre. L'article L. 1233-7 dispose que « lorsque l'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il prend en compte, dans le choix du salarié concerné, les critères prévus à l'article L. 1233-5 ». Ainsi, l'article L. 1233-5 du Code de

⁸⁶ COUTURIER (G.), Droit du travail, les relations individuelles, PUF, 1996, p.281.

⁸⁷ La demande doit être écrite en vertu de l'article L.1233-17 C. trav.

travail définit les critères énonçant l'ordre des licenciements. Cet article détermine les critères qui doivent être suivis pour licencier, mais l'employeur peut en ajouter s'il le souhaite.

87- L'ordre des licenciements est appliqué par catégorie socioprofessionnelle de l'entreprise et n'est pas élargi au groupe. Autrement dit, le législateur n'ayant pas prévu de procédure de licenciement spécifique au groupe, l'application de l'ordre des licenciements est une étape que chaque entreprise du groupe doit respecter, compte tenu du fait que les sociétés qui composent le groupe possèdent la personnalité morale. Cela signifie que l'appartenance à un groupe importe peu, l'ordre des licenciements est applicable à chaque entreprise.

88- Quatre critères sont édictés dans la loi du 18 janvier 2005 : les charges de famille, l'ancienneté, les qualités professionnelles et les difficultés de réinsertion dans certains cas⁸⁸. L'ordre des licenciements peut être, soit établi par convention collective, soit déterminé librement par l'employeur. La liste de critères légaux n'est pas exhaustive puisque l'employeur peut dégager ses propres critères et s'y appuyer pour fonder sa décision. Cependant, la jurisprudence limite ce pouvoir. En effet, l'employeur peut se baser sur ses critères à condition que ce dernier se soit référé à chaque critère légal.

89- Peu de temps avant ladite disposition, la loi du 17 janvier 2002 avait retiré le critère de qualités professionnelles, parce qu'il semblait que l'employeur pouvait arbitrairement licencier un salarié compte tenu de ce critère, si toutefois il décidait de le placer en première position.

90- Mais les lois ultérieures⁸⁹ rétablissaient son importance légale. Dernièrement, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 est venu confirmer sa portée. En effet, l'article 23 dispose qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise, l'employeur doit privilégier ce critère pour déterminer l'ordre des licenciements, à condition cependant de se référer aux critères légaux, et de consulter le comité d'entreprise. Ainsi, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 transposant cet accord prévoit à l'article L. 1233-24-2 du Code du travail, la possibilité de définir dans un accord majoritaire le plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur peut alors négocier avec les syndicats la pondération et les critères de l'ordre des licenciements. L'article L. 1233-24-4 du Code du travail prévoit également qu'à défaut

⁸⁸ Le cas des seniors ou personnes handicapés par exemple

⁸⁹ Loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, n° 2003-6 du 3 janvier 2003 ; loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, n° 2005-32

d'accord, ces modalités pourront être déterminées par l'employeur dans le document unilatéral, sous le contrôle de l'administration.

91- La jurisprudence quant à elle, frileuse face aux abus d'appréciation de l'employeur décida de freiner le pouvoir de ce dernier. Cette dernière lui impose d'élaborer et de fournir des éléments objectifs justifiant les qualités considérées comme ayant un degré supérieur aux qualités d'un autre salarié placé dans une situation égale. Le juge n'hésite pas à sanctionner l'employeur s'il estime que ce critère a été utilisé de manière insatisfaisante, et notamment lorsqu'il relève que les salariés n'ont jamais été évalués sur leurs compétences professionnelles⁹⁰. Cela peut se justifier par le fait que l'employeur est tenu d'une obligation d'égalité de traitement à l'égard de tous les salariés placés dans une situation identique. Il semble que le critère relatif aux qualités professionnelles a pour objectif de licencier des salariés de manière pertinente et objective, afin d'éviter l'arbitraire de l'employeur. Et il s'avère primordial pour les salariés de bénéficier du respect de l'égalité de traitement, qui à ce stade de la procédure, risquent de perdre leurs emplois. A défaut du respect de cette obligation, les sanctions prévues démontrent également que l'application de l'ordre des licenciements représente une protection renforcée de l'emploi.

B - La dissuasion de l'arbitraire par la sanction

92- L'absence de réponse de l'employeur à la demande du salarié d'être informé des critères retenus l'expose à un risque de sanction par l'allocation de dommages-intérêts⁹¹. Le non-respect de l'ordre des licenciements expose l'employeur au versement de dommages et intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Prenons l'exemple d'un salarié subissant un licenciement économique individuel : le non-respect de l'ordre des licenciements aurait pour conséquence la perte de son poste au sein de l'entreprise. Traditionnellement, la jurisprudence considère que « le préjudice du salarié peut aller jusqu'à la perte injustifiée de l'emploi »⁹².

⁹⁰ Cass. Soc. 21 nov. 2006, n°05-40.656 ; Dr. Ouv 2007, p.158.

⁹¹ Cass. Soc 18 oct . 1994, n° 93-42.697 ; Cass. Soc, 26 janv. 1999, n°96-45.008.

⁹² Cass. Soc. 14 janv. 1997, n° Bulletin 1997 V N° 16 p. 10.

93- L'ordre du licenciement est ainsi appréhendé dans une perspective égalitaire, car l'employeur ne peut utiliser à sa guise les critères nécessaires à l'élaboration de la liste des salariés licenciés.

94- En résumé, la procédure de licenciement économique n'est pas identique en cas de licenciement individuel ou collectif de moins de dix salariés. Dans le cadre d'un licenciement individuel, la consultation des représentants du personnel est facultative, et l'entretien préalable au licenciement est obligatoire. Cependant, il existe un point commun entre les deux procédures, celui de la notification du licenciement. Chaque salarié doit être informé individuellement pour qu'on lui notifie son licenciement, et cette notification doit contenir des mesures d'accompagnement dans l'emploi.

§4 - Le contenu stricte d'accompagnement dans l'emploi associé à la notification

95- En vertu de l'article L. 1233-15 du Code du travail, la notification se fait par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle doit être envoyée dans un délai de 7 jours ouvrables à compter de la date de l'entretien préalable pour les licenciements individuels et de moins de dix salariés. Ce délai est cependant de 15 jours ouvrables pour « les cadres ne détenant pas la délégation particulière d'autorité mentionnée à l'article L. 1441-4 ». L'article 1233-39⁹³ du Code du travail précise que ce délai ne doit pas être inférieur à trente jours après notification de l'administration, pour les entreprises de moins de cinquante salariés, sauf accord ou convention disposant autrement ; en ce qui concerne les grands licenciements collectifs, pour les entreprises de cinquante salariés ou plus, la notification du licenciement doit se faire après validation par l'administration⁹⁴.

96- Cette lettre de licenciement doit préciser tous les éléments nécessaires à la justification des motifs économiques qui ont conduit au licenciement selon l'alinéa premier de l'article L. 1233-16 du Code du travail⁹⁵. L'énoncé des motifs doit être précis et matériellement

⁹³ Article issu de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 18-IX

⁹⁴ La notification par l'administration se fera dans un délai de 21 jours. Le silence par cette dernière vaut acceptation.

⁹⁵ Selon cet article, « la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur ».

vérifiable⁹⁶, les formulations trop vagues ou générales ne suffisant pas⁹⁷. Le droit individuel à la formation ainsi que les délais de contestation⁹⁸ doivent également être indiqués par l'employeur.

97- De plus, ce dernier doit insérer la possibilité d'une priorité de réembauchage au bénéfice du salarié, dont le périmètre est restreint à l'entreprise (A) et proposer un congé de reclassement lorsque l'envergure du groupe le permet (B). Enfin, il doit informer le salarié du contrat de sécurisation professionnelle, et nous nous demanderons si ce dispositif participe à une prévention des licenciements (C).

A- Le périmètre de la priorité de réembauchage restreint à l'entreprise

98- La question du périmètre de la priorité de réembauchage est essentielle dans un groupe de société. Le périmètre de la priorité de réembauchage est restreint à l'entreprise, mais élargi en cas de transfert d'entreprise⁹⁹.

99- La priorité de réembauchage instituée par l'accord interprofessionnel du 10 février 1969, est régie par la loi du 17 janvier 2002. Ce dispositif doit être inséré obligatoirement dans la notification de licenciement selon les articles L. 1233-16 et L. 1233-42 du Code du travail. Selon ces dispositions, la lettre de licenciement « mentionne également la priorité de réembauche prévue par l'article L. 1233-45 et ses conditions de mise en œuvre ». Cette obligation est applicable quel que soit le contexte dans lequel le salarié est licencié, puisque le législateur n'exclue pas les entreprises en difficultés. Pourtant, le juge refuse que le salarié qui a accepté un départ volontaire pour motif économique puisse invoquer la priorité de réembauche¹⁰⁰.

⁹⁶ Cass. Soc. 1er févr. 2011: Dalloz actualité, 2 mars 1972, obs. Siro; D. 2011. Actu. 684; JS Lamy 2011, no 297-4, obs. Lalanne; JCP S 2011. 1169, obs. Jacotot.

⁹⁷ Cass., Soc. 5 oct. 1994, n° 93-41.248. Par exemple, la mention « conjoncture économique » n'est pas suffisante.

⁹⁸ Cf *infra*. Partie II Chapitre 1, les conditions de contestation d'un recours

⁹⁹ V. *infra*, titre II de cette partie, chapitre I, section III « l'incitation législative à la cession de l'entreprise », où sera développé dans le cadre d'un retour à l'emploi, l'élargissement de cette obligation lors d'un transfert d'entreprise.

¹⁰⁰ Cass., Soc. 10 mai 1999: Dr. soc. 1999. 736, obs. Gauriau

100- La Cour de cassation rappelle que l'on ne peut déroger à cette obligation, et que la fermeture de l'établissement ne suffit pas¹⁰¹, ni même la mise en liquidation judiciaire¹⁰². L'article L. 1233-45 du Code du travail dispose que « le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai ». Le salarié peut s'en prévaloir lorsqu'un poste compatible avec sa compétence se libère. Ce dernier doit cependant en faire la demande, à compter de la fin du préavis¹⁰³.

101- La Chambre sociale a rappelé récemment, en date du 11 avril 2012 que « la demande tendant au bénéfice de la priorité de réembauche peut être présentée, soit de manière spontanée, soit en réponse à une sollicitation de l'employeur, pourvu qu'elle soit explicite »¹⁰⁴. L'employeur est tenu d'informer le salarié d'une possibilité de réembauche lorsqu'un poste est à pourvoir¹⁰⁵, poste qui doit être en lien avec ses qualifications. Cette obligation peut être limitée aux demandes d'emplois intéressant le salarié pour sa réintégration¹⁰⁶. Puis, l'alinéa 2 de l'article L. 1233-45 du Code du travail prévoit également que « l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles ». Cette formulation signifie que si le salarié demande expressément à bénéficier de la priorité de réembauchage, l'employeur a l'obligation d'informer les représentants du personnel de tout emploi devenu disponible.

102- La notion d'emploi disponible a été source d'ambiguïté et la jurisprudence est venue éclaircir ce point : l'emploi d'un salarié en congé annuel¹⁰⁷, en congé maternité¹⁰⁸ ou encore en congé maladie¹⁰⁹ ne répond pas à l'exigence de l'article L. 1233-45 du Code du travail. A ce titre, l'employeur n'est pas en droit de proposer un remplacement temporaire aux salariés bénéficiant de la priorité de réembauche, et cela se justifie par le fait que ce dispositif serait privé de son objectif. En outre, le législateur entend faire bénéficier le travailleur réintégré vers un nouveau poste vacant, et non pas vers un simple remplacement. Cependant, une

¹⁰¹ Cass. Soc. 16 mars 2004, n°02-40.633 ; cass. Soc 26 avr. 2007, n°05-44.237

¹⁰² Cass. Soc. 2 mars 2004, n°02-41.931

¹⁰³ Cass. Soc. 27 nov. 2001, *Bull. civ. V*, n° 362

¹⁰⁴ Cass. Soc. 11 avr. 2012, n° 11-11.037

¹⁰⁵ Cass. Soc. 6 avr. 1994, 92-42.108 ; Cass. Soc. 3 mars 2009, pourvoi n° 07-43240

¹⁰⁶ Cass. Soc. 29 mai 1991, n° 88-43.883

¹⁰⁷ Cass. Soc. 17 juin 1992, n° 91-45.458

¹⁰⁸ Cass. Soc. 26 nov. 1997, n°95-44.308

¹⁰⁹ Cass. Soc. 12 déc 1995, n° 94-40.827

décision isolée admettait que l'employeur puisse faire valoir la priorité de réembauchage pour des emplois précaires. En effet, la Cour de cassation a décidé dans une décision du 26 janvier 1994 que « l'obligation pour l'employeur d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats de travail à durée indéterminée »¹¹⁰. Cette notion d'emploi disponible fait inévitablement référence au périmètre de l'application de la priorité de réembauchage. Si aucun poste n'est à pourvoir au sein de l'entreprise, l'employeur doit-il étendre la priorité de réembauchage au sein du groupe de sociétés ?

103- Dans un premier temps, le juge entend faire appliquer cette obligation au sein de l'entreprise car la loi n'exige pas que l'employeur étende son obligation au-delà de son établissement. La Cour de cassation soulève d'ailleurs dans un arrêt du 6 avril 1994 que « le droit des salariés à la priorité de réembauche s'exerce à l'égard de l'entreprise »¹¹¹. Puis, la Chambre sociale vient réitérer cette solution le 20 juin 2000 en exposant que « le droit à la priorité de réembauchage ne peut s'exercer qu'à l'égard de l'entreprise qui licencie le salarié »¹¹². Ces propos se justifient par le fait que c'est la société qui a employé le salarié, qui l'a licencié, elle-même doit en conséquence le réembaucher. Le 30 janvier 2008, la Cour de cassation confirme une nouvelle fois cette jurisprudence selon laquelle la priorité de réembauchage ne s'étend pas au groupe de sociétés¹¹³.

104- Pourtant le 12 février 1992¹¹⁴, la Cour de cassation avait relevé que le droit du salarié avait été violé en ce que l'employeur n'avait pas proposé un poste à l'intéressé alors qu'un emploi était disponible au sein du groupe auquel appartenait l'entreprise. Il existe donc un doute quant au cadre de l'application de la priorité de réembauchage. Cela marque une difficile application de la loi par le juge en l'absence de dispositions spécifiques applicables au groupe de sociétés. Mais, pour l'employeur, aucun doute ne subsiste puisque la loi est claire. Il est alors maître de la procédure.

105- La priorité de réembauchage perd tout son sens dans le cadre des groupes de sociétés, puisque l'étendre au groupe n'est pas possible pour le moment, et cela n'a pas fait l'objet d'un arrêt de principe par la Chambre sociale. Ainsi, il est impossible d'affirmer que les mesures

¹¹⁰ Cass. soc., 26 janv. 1994 : Bull. civ. 1994, V, n° 31. ; Cass. soc., 8 avr. 2009 : Bull. civ. 2009, V, n° 107.

¹¹¹ Cass. Soc. 6 avr. 1994, 92-42.108

¹¹² Cass.Soc., 20 juin 2000 : UIMM juris. soc. 2000-644, p. 333

¹¹³ Cass., soc., 30 janv.2008, n° 06-45.422

¹¹⁴ Cass. Soc. 12 févr. 1992, n° 89-41.645, Recueil Dalloz 1992 p. 293.

d'accompagnement, ou du moins dans le cadre de la priorité de réembauchage ouvre au salarié faisant partie d'un groupe, droit à une priorité de retour vers l'emploi. Le droit du travail est restreint à appliquer ce dispositif au sein de l'entreprise uniquement.

106- Le périmètre de la priorité de réembauchage est donc restreint à l'entreprise, il n'est pas étendu au groupe. Et cela peut s'avérer être une protection qui contrebalance nos propos précédents, car le transfert d'entreprise est une pratique régulière dans les groupes de sociétés. C'est alors que vont se poser diverses questions, quant à l'étendue de la priorité en cas de transfert postérieure à la notification de ce droit. Et nous remarquerons ultérieurement que la priorité de réembauche est étendue au groupe en cas de transfert¹¹⁵. Outre l'obligation de réembauchage, la notification doit contenir une proposition de congé de reclassement si l'entreprise ou le groupe est d'une grande envergure.

B - L'obligation d'une proposition d'un congé de reclassement dépendant de l'envergure du groupe

107- Le congé de reclassement est institué par les articles L. 1233-71 et suivants et R. 1233-20 et suivants du Code du travail. Ainsi, le Code du travail exige que la proposition d'un congé de reclassement doit figurer dans la lettre de licenciement. Ces articles prévoient l'application de ce dispositif aux entreprises d'au moins 1000 salariés¹¹⁶. Le salarié est informé en amont, lors de l'entretien préalable, puis la proposition doit figurer sur la lettre de licenciement. Le salarié doit répondre dans un délai de 8 jours après réception de la lettre. Le silence est assimilé à un refus. En cas d'acceptation par le salarié, le Code du travail prévoit que ce congé pouvait s'exercer sur une période de 9 mois maximum, période durant laquelle le salarié est rémunéré par l'employeur¹¹⁷. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, dans son article 21, l'a étendu à 12 mois, dans un souci d'harmonisation avec le contrat de sécurisation professionnelle. Ce congé prend fin lorsque l'intéressé trouve un nouvel emploi.

¹¹⁵ Cf. *infra*. Chapitre I du titre II PARTIE I.

¹¹⁶ Ce texte ne s'applique cependant pas aux entreprises en redressement et liquidation judiciaire.

¹¹⁷ Le salarié perçoit sa rémunération habituelle pendant la période de préavis, et 60% de son salaire au-delà du préavis.

108- Une cellule d'accompagnement spécialisée est chargée, pendant le préavis des salariés, d'évaluer les compétences et qualifications des intéressés afin de proposer à l'employeur et aux salariés des mesures de reclassement. Le salarié peut en outre définir, avec la cellule spécialisée un nouveau projet professionnel. Mais aussi, ce dernier peut faire valider ses acquis, ou en faire la demande. A défaut, le salarié se verra proposer des formations professionnelles entièrement financées par l'employeur. Les cellules spécialisées ne sont pas tenues à une obligation de résultat, mais de moyens. Cela se justifie par le fait que le marché de l'emploi ne permet pas à ces cellules de trouver rapidement un emploi adapté au profil de chaque salarié.

109- Mais ce dispositif ne s'applique pas aux entreprises qui comptent moins de 1000 salariés¹¹⁸. Il convient alors de se poser quelques questions : Comment s'apprécie la condition d'effectif dans le cadre d'une entreprise faisant partie d'un groupe ? Faut-il se référer à l'effectif de l'entreprise ou à celui du groupe ? En outre, les groupes de sociétés doivent-ils se soustraire à l'obligation de proposer un congé de reclassement à leurs salariés ?

110- Mme Christine Hillig-Poudevigne et M. Gildas Louvel indiquent que « le parcours du combattant n'est rien à côté de celui à qui incombe la lourde tâche de décider si un tel congé doit être proposé aux salariés faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique », s'agissant des groupes de sociétés. Cela traduit la difficulté rencontrée par les praticiens du droit qui doivent décider de la mise en œuvre de ce dispositif.

111- Il convient d'étudier le champ d'application du congé de reclassement, pour répondre à la question. L'article L. 1233-71 du Code du travail fait tout d'abord référence aux entreprises mentionnées aux articles L. 2331-1 et L. 2341-4 du Code du travail.

Les groupes sont visés par le législateur puisque les entreprises concernées par l'obligation de proposer un congé de reclassement sont :

- L'entreprise et les établissements comptant 1000 salariés.
- Les entreprises faisant partie d'un groupe astreint à la mise en place d'un comité de groupe « formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social

¹¹⁸ L'article L.1111-2 du code du travail prévoit le cadre d'appréciation des effectifs de l'entreprise à partir de règles générale. Cet article est un outil qui permet de prendre en compte ou d'exclure dans le calcul des effectifs, des contrats de travail. Sont exclues par exemple les apprentis ou les contrats de professionnalisation.

est situé sur le territoire français, (...) ». Leur siège social devait être situé en France, et le nombre des entreprises contrôlées doit compter 1000 salariés au minimum.

- Les entreprises ou groupes de dimensions communautaires constituées d'un comité d'entreprise européen, comptant 1000 salariés au sein de l'union européenne.

112- Ainsi, le groupe de sociétés dont le siège social est situé en France qui compte 1000 entreprises, ayant l'obligation de constituer un comité de groupe, ou un comité d'entreprise européen est tenu de proposer au salarié un congé de reclassement. Le législateur social n'a pas ignoré le salarié licencié qui fait partie d'un grand groupe, car ce dernier peut prétendre à bénéficier de la priorité de réembauche. Le législateur impose cette obligation aux groupes qui dispose de moyens suffisant au regard du critère d'employabilité.

113- La circulaire du 28 mars 2002 apprécie la condition d'effectif de manière très large puisqu'elle l'étend jusqu'à l'unité économique et sociale¹¹⁹. Depuis l'article 48-5 de la loi du 30 décembre 2006¹²⁰, les groupes de dimensions communautaires doivent proposer un congé de reclassement, et ce, même si le siège ou l'établissement est situé à l'étranger.

114- L'article R. 1233-20 du Code du travail prévoit l'obligation de proposer un congé de reclassement pour les licenciements individuels ou collectifs. Il n'y a pas de jurisprudence quant à l'absence de la notification du congé de reclassement. Et le Code du travail ne précise pas non plus de sanction particulière, donc la portée de l'article R. 1233-20 est incertaine. Pourtant, le salarié pourrait subir un préjudice attaché à la perte de chance d'un reclassement externe. L'administration est donc intervenue avec la création d'une circulaire du 5 mai 2002¹²¹. Cette circulaire permet au salarié de saisir le conseil des prud'hommes. L'octroi de dommages et intérêts est donc possible en l'absence de notification écrite de ce droit.

115- Ce dispositif peut se révéler être une aide précieuse pour que le salarié réintègre le marché du travail, en visant un même poste ou en se réorientant. Mais lorsque l'entreprise ou le groupe emploie moins de 1000 salariés, les dispositifs d'accompagnement à l'emploi ne sont pas aussi présents. De ce fait, l'employeur est tenu de proposer un contrat de

¹¹⁹ Circulaire DGEFP n° 2002-19 du 28 mars 2002 prise en application des articles 120 et 121 de la loi de modernisation sociale et relative à la mise en œuvre des prestations d'aide au retour à l'emploi pendant le préavis des salariés licenciés pour motif économique.

¹²⁰ Loi n° 2006-1770.

¹²¹ Circ.DGEFP/DRT/DSS, n°2002-1, BO Trav,2002 n°11.

sécurisation professionnelle pour les entreprises qui ne compte pas ce seuil minimum. L'on se demandera alors si ce dispositif est efficace.

C - Proposition de contrat de sécurisation professionnelle : un dispositif de prévention?

116- L'ensemble des organisations syndicales salariales et patronales ont signé un accord national interprofessionnel en date du 31 mai 2011, donnant naissance à la loi Cherpion du 28 juillet 2011, afin de remplacer la convention de reclassement personnalisé¹²² et le contrat de transition professionnelle¹²³ par le contrat de sécurisation professionnelle. Ce remplacement s'est fait dans un esprit d'unification des mesures d'accompagnement dans l'emploi, et est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2011. Il est applicable aux entreprises ou groupes de moins de 1000 salariés ou, qui sont en redressement ou liquidation judiciaire. C'est un contrat territorialisé. Deux dispositifs ont fusionnés pour donner naissance au contrat de sécurisation professionnelle. Ils poursuivaient le même but que celui du congé de reclassement, à savoir une réinsertion professionnelle rapide.

117- La convention de reclassement personnalisée avait été instituée par la loi du 18 janvier 2005¹²⁴ et codifiée aux articles L. 1233-65 et suivants du Code du travail. Ce dispositif avait pour but de réinsérer rapidement les salariés, afin d'éviter les licenciements. Le salarié disposant d'une ancienneté de deux ans avait le droit à cette convention de reclassement. Et ce droit devait figurer dans un document écrit, accolé au motif économique.

118- Le salarié disposait d'un délai de 21 jours à compter de la notification du droit à bénéficier de la convention de reclassement personnalisé. Le terme de ce délai devait être rappelé dans la lettre de licenciement, lorsque le salarié n'y avait pas encore adhéré. Une fois la convention acceptée par l'intéressé, le contrat de travail était rompu et la convention prenait effet dès le lendemain du terme du délai de réflexion. C'est Pôle emploi qui se chargeait de la mise en œuvre de ce dispositif et qui accompagnait le salarié dans sa réinsertion

¹²² Cette convention était instituée par la loi du 18 janvier 2005¹²², aux anciens articles L. 1233-65 et suivants du code du travail. L'employeur qui a eu recours à la procédure de licenciements avant le 1^{er} septembre 2011 devait mettre en place ce dispositif de convention de reclassement personnalisé.

¹²³ Ce dispositif est avait un caractère expérimental ; ordonnance du 13 avril 2006, n°2006-433 et décret du 14 avril 2006, n°2006-440.

¹²⁴ Loi n°2005-32.

professionnelle. Durant une année au maximum, le salarié avait le droit à une allocation spécifique de reclassement financée par l'employeur, et au-delà de ce délai, ses droits au chômage étaient calculés par pôle emploi.

119- M. le Professeur Alexandre Fabre affirma qu'il ne s'agissait « que d'une modalité de mise en œuvre alternative *du* licenciement, en aucun cas d'un mode de rupture alternatif *au* licenciement »¹²⁵. Mais cela peut être discutable dans la mesure où la convention de reclassement personnalisé intervient après la rupture du contrat de travail. Le contrat de sécurisation professionnelle s'est aussi largement inspiré du contrat de transition professionnelle.

120- Le contrat de transition professionnelle avait été créé par l'ordonnance du 13 avril 2006¹²⁶ complétée par le décret du 14 avril 2006¹²⁷, modifié par le décret du 27 février 2009¹²⁸. L'employeur devait faire une proposition écrite, proposition rappelée dans la notification du licenciement, avec précision du terme du délai d'acceptation. Ce dispositif ne visait que certains bassins d'emploi au départ car les zones étaient à hauts risques économiques, et avaient un caractère expérimental pour une durée de 2 ans. Mais il a été rapidement étendu et prolongé, compte tenu de la crise économique¹²⁹. L'AFPA¹³⁰ avait en charge la mission d'accompagnement des salariés dans certains bassins d'emploi, et c'est pôle emploi qui en était chargé dans d'autres bassins.

121- Les salariés bénéficiaires étaient ceux travaillant dans une entreprise des bassins concernés. Dans certains bassins¹³¹, les salariés qui avaient adhéré au contrat de transition professionnelle y avaient également droit. Le salarié disposait d'un délai de 21 jours¹³², comme pour la convention de reclassement personnalisé, à compter de la proposition écrite.

¹²⁵ Convention de reclassement personnalisé et licenciement économique : une assimilation persistante, Soc. 12 juin 2012, n° 11-19.641 et 10-14.632, Revue de droit du travail 2012 p. 556.

¹²⁶ Ord.n°2006-433, JO du 14 avril 2006.

¹²⁷ Ord.n°2006-440, JO du 15 avril 2006.

¹²⁸ D. n°2009-236.

¹²⁹ L'expérimentation sur 7 bassins d'emploi devait prendre fin le 1^{er} mars 2007, mais a été prolongée pour 1 année par la loi n°2007-290 du 5 mars 2007. La loi n°2008-126 du 13 février 2008 l'a encore prolongée jusqu'au 1^{er} décembre 2008. Mais la loi de finance de 2009 (n° 2008-1425 du 27 décembre 2008) l'a reconduite de nouveau pour une année supplémentaire. Depuis 2009, le contrat de transition professionnelle n'a cessé d'être étendu à d'autres bassins d'emploi (on en comptait 25 en 2009 puis plus de 40 après 2009), et prolongé notamment par la loi de finance 2011 n°2010-1657, jusqu'au 31 mars 2011.

¹³⁰ Association nationale pour la formation professionnelle des adultes.

¹³¹ D. du 1^{er} octobre prévoyait que les salariés ayant adhéré à la CRP étaient bénéficiaires du CTP ; les bassins d'emploi concernés étaient Briey- bassin houiller, Marne moyenne, Thiers et Saint Etienne.

¹³² Ce délai est cependant de 7 jours lorsque l'autorisation de l'administration est nécessaire pour licencier un salarié protégé, délai courant à partir de la notification de l'autorisation à l'employeur.

L'acceptation du salarié valait rupture amiable du contrat de travail, comme pour la convention de reclassement personnalisé, à partir du terme du délai de réflexion. Dès le lendemain, le contrat de transition débutait et pour une durée maximale de 12 mois.

122- Le contrat de sécurisation professionnelle né de la réunion par le législateur de ces deux dispositifs, est présenté comme une sécurité supplémentaire pour le salarié victime d'un projet de licenciement économique. Ce contrat est-il réellement à la hauteur de cette présentation ?

Le contrat de sécurisation professionnelle est une obligation pour les entreprises non soumises à l'obligation du congé de reclassement. Les entreprises visées sont donc celles ne comptant pas 1000 salariés et celle en redressement ou liquidation judiciaire. Il est institué aux articles L. 1233-65 et suivants du Code du travail. Toutes décisions jurisprudentielles relatives aux deux dispositifs fusionnés sont transposables au contrat de sécurisation¹³³.

123- L'employeur doit énoncer la proposition écrite soit lors de l'entretien préalable, soit lors de la dernière réunion de consultation du comité d'entreprise selon les cas. Ce document écrit doit préciser le motif économique du licenciement, justifiant la proposition du contrat de sécurisation professionnelle. En effet, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 27 mai 2009, dont la solution peut se transposer au contrat de sécurisation professionnelle, que « la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé doit avoir une cause réelle et sérieuse dont l'appréciation ne peut résulter que des motifs énoncés par l'employeur »¹³⁴. À défaut, le licenciement est réputé être sans cause réelle et sérieuse. Le motif économique doit être précisé dans un document écrit au plus tard au moment de l'acceptation de la convention de reclassement, selon la jurisprudence¹³⁵. De plus, l'acceptation de la mise en œuvre de ce droit ne retire pas la possibilité pour le salarié de demander l'application de la priorité de réembauchage au salarié. Cette précision doit figurer dans le document écrit prononçant le motif économique¹³⁶, sous peine de dommages et intérêts au bénéfice du salarié lésé¹³⁷.

124- Les salariés bénéficiaires sont ceux justifiant d'une ancienneté d'un an alors que la convention de reclassement exigeait une ancienneté de 2 ans et aucune pour le contrat de

¹³³ Jurisprudence sociale, Groupe revue fiduciaire, 15 e édition, 2012, p.451.

¹³⁴ Cass. Soc., 27 mai 2009, n°08-43.137.

¹³⁵ Cass. soc., 14 avr. 2010, n°08-45.399 et n°09.40-987 ; cass. Soc., 30 nov. 2011, n°10-21.678.

¹³⁶ Cass. soc., 30 nov.2011, n°09-43.183.

¹³⁷ Cass. soc., 30 nov.2011, n°10-21.678.

transition professionnelle. Le délai de réflexion est le même, soit 21 jours¹³⁸, et l'acceptation entraîne la rupture du contrat. Le contrat de sécurisation peut durer jusqu'à 12 mois.

125- Ce contrat peut être proposé par l'employeur pour permettre au salarié d'être reclassé plus rapidement. L'acceptation du salarié met immédiatement fin au contrat sans préavis, mais l'indemnité de licenciement est conservée par le salarié et calculée en fonction de son ancienneté.

126- Cependant, ce contrat de sécurisation est-il réellement efficace ? Est-il réellement à la hauteur de sa présentation ? Le professeur Dirk Baugard a pertinemment relevé que le terme sécurisation devrait rassurer le salarié, or il s'agit d'une rupture du contrat de travail alternative au licenciement économique. En quoi le licenciement économique peut-il être sécurisant pour le salarié ? Nous ne pouvons que souligner qu'il l'est très certainement pour l'employeur !¹³⁹ Ces propos peuvent être corroborés par le fait qu'en apparence, le salarié pense avoir la sécurité économique, notamment parce que le contrat de sécurisation professionnelle permet au travailleur de bénéficier d'un salaire plus important par rapport aux indemnités versées par pôle emploi. C'est pour cela qu'à long terme le contrat de sécurisation professionnelle peut se révéler être décevant. Prenons l'exemple d'un salarié qui, après 12 mois n'a pas retrouvé d'emploi. Le préjudice pour ce dernier dépasse le préjudice professionnel, il s'étend à un préjudice économique. Car, si ce dernier n'a pas retrouvé de poste, l'organisme pôle emploi recalculera dans ce cas ces droits sur la base de ce que le salarié percevait dans le cadre du contrat de sécurisation. Et c'est dans cet esprit que le contrat est en apparence sécurisant pour le salarié, mais réellement sécurisant pour l'employeur en ce qu'il trouve un mode alternatif au licenciement économique.

127- Le salarié peut contester le motif économique du licenciement, même lorsqu'il a adhéré au contrat de sécurisation¹⁴⁰ et même l'application de l'ordre des licenciements¹⁴¹. Cela représente une dissuasion supplémentaire pour l'employeur, et une incitation par le juge à faire respecter la procédure de manière loyale.

¹³⁸ Pour les salariés protégés, le délai continue jusqu'au lendemain de la notification de l'autorisation de licencier par l'administration.

¹³⁹ Colloque : L'accompagnement, entre droit et pratique, « l'accompagnement dans l'emploi », 12 octobre 2012, Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse.

¹⁴⁰ Cass. Soc., 5 mars 2008, n°07-41.964 ; cass. Soc., 19 janv. 2011, n°09-43.522.

¹⁴¹ Cass. Soc., 27 mai 2009, n°08-42.750.

128- La procédure de licenciement économique fait état d'une procéduralisation qui s'applique au groupe. Mais la procédure de licenciement collectif est encore plus contraignante pour l'employeur qui doit s'acquitter des obligations afférentes à la consultation du comité d'entreprise, et à la protection de l'emploi.

Section II - Le licenciement collectif : une procédure renforçant le processus de consultation et de protection de l'emploi

129- Le licenciement collectif concerne au minimum deux personnes de l'entreprise qui sont licenciées pour une même cause¹⁴². Mais, la procédure est distincte en présence d'un licenciement de 2 à 9 salariés, et d'au moins 10 salariés, sur une même période de 30 jours. En effet, lors d'un licenciement collectif, un plan de sauvegarde de l'emploi est indispensable (§2). Il sera intéressant de voir le rôle que jouent l'administration et le comité d'entreprise dans la prévention des licenciements collectifs. Cela représente des obstacles à franchir par l'employeur dans la procédure de licenciement (§1).

§1 - L'exécution de la procédure des licenciements collectifs : des obstacles à franchir

130- La procédure d'entretien préalable régie à l'article L. 1233-11 du Code du travail est toujours prévue dans la procédure des petits licenciements collectifs. L'entretien préalable fait également partie intégrante du déclenchement de la procédure. La procédure de licenciement collectif se distingue par le renforcement du processus de consultation, c'est-à-dire par l'obligation de l'employeur de consulter le comité d'entreprise, alors que cette obligation est seulement facultative dans le cadre d'un licenciement individuel. Cette obligation doit être appliquée de manière loyale et transparente par l'employeur (A), et l'employeur est soumis à l'autorisation de l'administration en amont de la notification du licenciement (B).

¹⁴² Cass, soc 15 mai 1991, n°89-43.845.

A- Les obligations de loyauté et de transparence attachées à l'obligation d'information-consultation du Comité d'entreprise

131- En vertu de l'article L. 2323-1 alinéa 1 du Code du travail, le comité d'entreprise « a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise (...) ». Il a donc un rôle primordial lorsque l'employeur doit restructurer l'entreprise.

132- L'employeur qui souhaiterait introduire de nouvelles technologies dans l'entreprise, est contraint de communiquer tout document justifiant ce projet, dès lors que ce projet aurait des conséquences sur la situation économique de l'entreprise et notamment l'emploi. L'article L. 2323-13 du Code du travail, modifié par la loi Rebsamen du 17 août 2015¹⁴³, fait référence à « tout projet important d'introduction de nouvelles technologies ». On peut qualifier de projet important, selon cet article, tout projet modifiant de manière conséquente « l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail ». Concernant la mise en œuvre de cette consultation, « les membres du comité reçoivent, un mois avant la réunion, des éléments d'information sur ces projets (...) »¹⁴⁴.

133- En outre, le comité d'entreprise est consulté lorsqu'une entreprise envisage d'introduire un projet dans l'entreprise ayant des conséquences irrémédiables sur l'emploi. Les alinéas 1 et 2 de l'article L. 2323-19 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise doit être informé lorsqu'une modification économique est envisagée, et « notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales ». L'employeur doit également justifier ses projets eu égard aux répercussions que ces modifications engendreraient sur l'emploi.

134- La consultation du comité d'entreprise ou les représentants du personnel est une obligation pour les petits licenciements collectifs en vertu de l'article L. 1233-8 du Code du travail. Selon l'article L. 1233-10 du Code du travail, l'employeur doit, lors de la première réunion énoncer au comité d'entreprise « la ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ; le nombre de licenciements envisagé, les catégories

¹⁴³ LOI n° 2015-994 du 17 août 2015 - art. 18 (V)

¹⁴⁴ Art. L. 2323-13 al. 2 du C. Trav.

professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements, le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement, le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures de nature économique envisagées ». On ne peut déroger à cet article en principe. Il existe cependant une exception qui est la force majeure, et cela depuis un arrêt de la chambre criminelle du 30 octobre 1984¹⁴⁵. L'urgence ou encore l'accord des salariés ne peuvent justifier la dérogation à cette obligation¹⁴⁶.

135- En vertu de l'article L. 1233-31 du Code du travail, l'employeur doit convoquer les représentants du personnel à la première réunion d'information, afin de leur faire part du projet de licenciement collectif. Ce dernier doit s'acquitter des six obligations à sa charge, en indiquant : « La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement; Le nombre de licenciements envisagé; Les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements; Le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement; Le calendrier prévisionnel des licenciements; Les mesures de nature économique envisagées »¹⁴⁷.

136- Les anciens articles L. 2323-6 et L. 2323-15 du Code du travail prévoyaient que les consultations du comité d'entreprise était afférentes aux « questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (...)»¹⁴⁸, et notamment lorsque des projets de restructuration et de compression des effectifs étaient envisagés par l'employeur. Ces phases d'information-consultations ont pour but d'expliquer, d'une part les raisons économiques entraînant un projet de licenciement, et d'autre part les mesures de sauvegarde de l'emploi et le choix de l'ordre des licenciements. Depuis la loi du 17 août 2015, le nouvel article L. 2323-6 applicable au 1^{er} janvier 2016¹⁴⁹ dispose que « le comité d'entreprise est consulté chaque année dans les conditions définies à la présente section sur les orientations stratégiques de l'entreprise; la situation économique et financière de l'entreprise et la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ». Ainsi, la consultation du comité d'entreprise afférente au bilan social est simplifiée en trois catégories pour les entreprises ou groupes comptant au moins 300 salariés.

¹⁴⁵ Crim. 30 oct. 1984: *Bull. crim. n° 330*; D. 1985. IR 126.

¹⁴⁶ Crim. 22 juill. 1981: *Dr. ouvrier* 1982. 352 ; Crim. 25 mai 1981: *Dr. ouvrier* 1982. 352 ; 25 oct. 1988: *ibid.* 1989. 216 (le projet de dépôt d'une requête en suspension provisoire des poursuites doit être soumis au comité d'entreprise malgré l'urgence de la mesure et son caractère conservatoire).

¹⁴⁷ Article L. 1233-31 C. trav.

¹⁴⁸ Article L. 1223-6 C. trav.

¹⁴⁹ L. n° 2015-994 du 17 août 2015, art. 18-I, en vigueur le 1^{er} janv. 2016

137- La procédure prévoit la possibilité pour le comité d'entreprise de recourir à un expert-comptable¹⁵⁰. Si le comité d'entreprise soulève une irrégularité de forme ou une absence et insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, ce dernier peut saisir le juge des référés. Si une irrégularité de forme est détectée, la procédure d'information consultation est suspendue jusqu'à sa régularisation ; l'insuffisance ou l'absence du plan contraint l'employeur à reprendre la procédure dès le début. La procédure est très contraignante pour l'employeur qui doit faire face à une des barrières protectrices de l'emploi, telle que représente la consultation du comité d'entreprise. L'employeur ne doit pas seulement trouver une justification à communiquer au comité d'entreprise, il doit apporter une information « sérieuse »¹⁵¹.

138- Ces barrières sont d'autant plus infranchissables lorsque l'entreprise en difficultés économiques fait partie d'un groupe. En effet, les résultats économiques communiqués sont parfois faussés par l'employeur, ne divulguant pas les résultats du groupe. Pourtant, l'employeur a l'obligation de faire part de ces informations de manière loyale et transparente. Il doit indiquer la situation économique du groupe au regard des articles L. 2323-6 et L. 2323-15 du Code du travail. L'exigence de loyauté et de transparence impose à la filiale de communiquer la réelle situation du groupe ; et l'on ne peut réellement évaluer la situation économique d'une filiale, qu'en se basant sur le secteur d'activités du groupe¹⁵². Un jugement du tribunal de grande instance de Paris¹⁵³ illustre bien cette difficulté.

139- En effet le 25 mai 2012, le TGI a été saisi en référé par le comité d'entreprise et une organisation syndicale pour irrégularité de forme, afin de statuer sur un projet de licenciement économique. Le juge des référés relève un « grave manquement de l'employeur en contenu de l'information », et cela au regard de l'absence de loyauté caractérisée par la dissimulation du projet de fermeture d'une autre société du groupe deux mois plus tard après le déclenchement de la procédure ; il relève également le caractère incomplet de l'information caractérisée par la dissimulation des comptes du groupe. En réalité, le juge fait apparaître que ces deux projets n'en constituent qu'un seul puisqu'ils sont justifiés par une seule cause économique liée directement au groupe. Une communication loyale et transparente lors de la consultation est indispensable pour que les représentants du personnel anticipent les licenciements économiques pour pallier leur survenance.

¹⁵⁰ Article 2325-35 et suiv. C. trav.

¹⁵¹ Paris, 8 sept 1993, RJS 1993.644, N° 1085

¹⁵² Cf. *infra* Partie II, chapitre II section II.

¹⁵³ TGI Paris (référé), 25 mai 2012, note Xavier Médeau, Dr. Ouvr., déc.2012, n°773, p.793.

140- L'obligation de transparence avait été renforcée avec les anciens articles L. 2323-7 et suivants du Code du travail, issus de la loi de sécurisation de l'emploi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. En effet, le premier article prévoyait qu' une fois le comité d'entreprise élu, l'employeur doit communiquer à l'employeur dans un délai d'un mois, une documentation économique précise. En effet, cet écrit doit contenir « la forme juridique de l'entreprise et son organisation; les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées; le cas échéant, la position de l'entreprise au sein du groupe; compte tenu des informations dont dispose l'employeur, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient ». Cela permettait notamment pour le comité d'entreprise de disposer d'un suivi régulier de la situation générale de l'entreprise. Cet objectif est toujours de mise grâce à la loi relative au dialogue social et à l'emploi¹⁵⁴ du 17 août 2015.

De plus, le législateur prévoit désormais que cette transparence figure dans une base de données informatiques qui devrait être actualisée régulièrement¹⁵⁵.

141- L'exécution de la procédure de consultation par le groupe n'est pas spécifiée par la loi. Le groupe peut être composé de sociétés à l'étranger, pourtant il n'existe pas de loi spécifique à la procédure d'information- consultation. Monsieur Guillaume Santoro affirme avec pertinence que « le groupe se situe au carrefour de la réalité économique et de la réalité juridique »¹⁵⁶. Il relève que même la directive datant du 20 juillet 1998¹⁵⁷ n'apporte pas plus de précisions sur les relations employeurs/représentants des travailleurs puisqu'elle, selon lui, « se borne à définir les conditions d'application de la procédure ».

142- Cette obligation est toujours de mise lorsque la société est en redressement et liquidation judiciaire, et doit être mise en œuvre par l'administrateur judiciaire pendant la période d'observation.

¹⁵⁴ LOI n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14346 , texte n° 3.

¹⁵⁵ Ces informations sont des bases de données économiques et sociales, comprenant le bilan des deux années précédentes, l'année en cours et le trois prochaines (art. L.2323-7-2 C.Trav). Le comité d'entreprise ou les délégués du personnel peuvent y accéder à tout moment, mais aussi les « membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, ainsi qu'aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et aux délégués syndicaux. »

¹⁵⁶ SANTORO (G.), L'information et la consultation relatives au licenciement économique dans les groupes multinationaux, Droit social 2011, n°9/10, p.952.

¹⁵⁷ Directive 98/CEE, 20/07/1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres, relative aux licenciements collectifs, JOCE L. 225 du 12 août 1998, p.16.

143- L'obligation de loyauté et de transparence attachée à l'information du comité d'entreprise impose que les informations communiquées représentent des difficultés économiques justifiant une suppression de plusieurs postes. A défaut d'informations suffisantes, l'employeur peut être sanctionné en amont de la mise en œuvre du licenciement et *a posteriori*. La sanction va donc différer en fonction de l'avancement de la procédure de licenciement.

144- En ce qui concerne la sanction en amont de la mise en œuvre du licenciement, la cour d'appel de Paris relève que « l'absence d'informations sérieuses sur les causes des suppressions d'emplois constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés doit faire cesser en interdisant à l'employeur de poursuivre la procédure de licenciement collectif, sauf à celui-ci à la reprendre d'une façon conforme à la loi »¹⁵⁸. Autrement dit, la prévention des licenciements économiques se renforce par le processus de consultation, et notamment par le recours au juge des référés qui peut faire cesser le déclenchement de la procédure, ou à défaut ordonner la reprise de la procédure conformément aux dispositions législatives.

145- Lors d'une contestation « *post-licenciement* » du défaut de consultation, le juge peut octroyer des dommages et intérêts au salarié lésé. Le comité d'entreprise endosse le rôle de protecteur de l'emploi par la prévention, alors que le juge endosse celui de protecteur de l'emploi par la réparation. Et cela parce que le juge ne peut intervenir qu'une fois le licenciement prononcé. C'est justement pour combler cette carence de protection de manière préventive qu'une cour d'appel est intervenue, à la stupeur de nombreux auteurs. En effet, dans un arrêt du 12 mai 2011¹⁵⁹ la cour d'appel de Paris est allée à l'encontre de l'adage « pas de nullité sans texte » en acceptant la demande de nullité de la procédure faite par le comité d'entreprise de la société Vivéo. Cette demande a été formulée avant la notification des licenciements au moyen que le motif économique n'existait pas, et cela nous paraît surprenant ! La Cour de cassation a cassé cette décision, et il semble que sa position a le mérite de rappeler clairement la volonté du législateur, qui est de prononcer la nullité seulement lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est absent ou insuffisant¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Paris, 8 sept 1993, RJS 1993.644, N° 1085

¹⁵⁹ CA Paris, 12 mai 2011, n° 11/01547.

¹⁶⁰ Sur ce point, v. *infra*, partie II, titre II, chapitre II, section II

146- Selon l'article L. 2327- 1 du Code du travail « des comités d'établissement et un comité central d'entreprise sont constitués dans les entreprises comportant des établissements distincts ». Ainsi, le comité central d'entreprise doit également être consulté dans une procédure de licenciement économique¹⁶¹ en vertu de l'article L. 1233-9 du Code du travail.

147- La loi Auroux du 28 octobre 1982 prévoit la constitution d'un comité de groupe, en vertu de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Ce comité est aussi régi par les articles L. 233-1, L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce. Le Code du travail et le Code de commerce n'appréhendent pas la notion de groupe de manière identique, l'un adoptant une présomption légale subjective, le second adoptant une présomption légale objective¹⁶².

148- S'agissant du Code de commerce, on sait que l'existence d'un groupe est caractérisée lorsque l'entreprise dominante possède plus de la moitié du capital d'une autre société, et dispose des droits de vote au sein d'une autre société, d'un pouvoir de nomination ou de révocation de « la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ». Le Code du travail quant à lui dispose que le groupe est constitué dès lors que l'influence dominante, caractérisée par la détention du capital, est d'au moins dix pour cent, « lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique ». Aussi, l'influence dominante peut être établie lorsqu'est constaté que la société présumée dominante dispose du pouvoir de nommer plus de la moitié des dirigeants d'une autre entreprise, « ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise; ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise », selon le code du travail.

149- Le comité de groupe est doté de la personnalité morale¹⁶³. L'entreprise qui fait partie d'un groupe doit informer le comité de groupe, obligatoirement constitué quel que soit le nombre de salariés employés. Il n'a pas de rôle consultatif, mais purement informatif. En vertu de la circulaire ministérielle du 28 juin 1984¹⁶⁴, il est compétent pour réceptionner des informations économiques et financières du groupe. Ce comité est formé par la société mère (dont le siège est situé sur le territoire français) et ses filiales. La société mère est, selon

¹⁶² V. *supra* introduction

¹⁶³ Cela a notamment été souligné par la jurisprudence dans un arrêt du 23 janvier 1990 (cass. Soc. 23 janv 1990, n°86-14.947), dans lequel la Cour de cassation accepte la recevabilité d'une contestation du comité de groupe, relative à une cession d'une filiale par un groupe.

¹⁶⁴ Circ. Min. n°6, 28 juin 1984, BO Trav 1984, n°31.

l'article L. 2331-1 du Code du travail¹⁶⁵, l'entreprise dominante. Selon le chapitre III du Code de commerce, une société est considérée comme filiale dès lors qu'une autre détient plus de la moitié de son capital, la société mère¹⁶⁶. Le comité de groupe est présidé « par le chef d'entreprise dominante » en vertu de l'article L. 2334-1 du Code du travail. Le comité se réunit une fois par an, au minimum, et l'on peut légitimement imaginer qu'il se réunisse plusieurs fois par an lors d'un projet de licenciement économique. La fusion du comité de groupe avec le comité d'entreprise européen est possible depuis la loi du 12 novembre 1996.

150- La loi du 12 novembre 1996, issue de la directive CE du 22 septembre 1994¹⁶⁷ autorise la constitution d'un comité d'entreprise Européen¹⁶⁸. Cette directive fait directement référence au groupe de sociétés¹⁶⁹ dans son article 2¹⁷⁰. Lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe international d'une grande ampleur, le comité d'entreprise européen doit être constitué. Cela est notamment le cas pour les entreprises de dimension européenne, c'est-à-dire lorsque l'entreprise emploie plus de 1000 salariés. Ce comité européen a un simple rôle d'information, comme le comité de groupe. L'employeur se voit donc confronter à ces obstacles de consultation relatifs aux licenciements collectifs, mais doit également recueillir l'autorisation de l'inspecteur du travail.

B - L'intervention active de l'administration

151- L'inspecteur du travail endossait auparavant un rôle procédural dans la mise en œuvre des licenciements collectifs, en ce que la consultation de l'inspecteur du travail était le principe applicable. Mais depuis la loi du 14 juin 2013, l'administration intervient activement dans la procédure de licenciements collectifs (1). Son rôle est d'autant plus protecteur lorsque nous sommes dans une procédure spécifique aux salariés protégés (2).

¹⁶⁵ V. également, selon les articles L. 233-1, L.233-3 et L. 233-16 du Code du commerce.

¹⁶⁶ Article L. 233-1 du code du commerce.

¹⁶⁷ Directive CE n° 94/45 du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen (JOCE n° L 254 du 30 sept.). — Mod. par Dir. CE n° 97/74 du 15 déc. 1997 (JOCE n° L 10 du 16 janv. 1998).

¹⁶⁸ V. *supra* introduction

¹⁶⁹ V. *supra*. introduction sur la définition du groupe de société retenue par la directive 94/45 du 22 septembre 1994, car cette notion est développée en introduction. Nous pouvons cependant rappeler brièvement que le groupe de sociétés est définie comme une entreprise contrôlant des entreprises autonomes.

¹⁷⁰ Article 2 de la directive §1b) CE n°94/45.

1 - Le contrôle de l'administration dans la procédure

152- L'administration intervient plus activement dans le cadre des grands licenciements depuis la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi.

153- En vertu de l'article D. 1233-3 du Code du travail, l'information de l'administration doit être obligatoirement faite dans les 8 jours après la notification au salarié de son licenciement pour motif économique. Cet article s'applique au licenciement de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours. Depuis la loi du 14 juin 2013, l'article L. 1233-53 du Code du travail dispose que l'administration doit effectuer un contrôle, et vérifier que les représentants du personnel ont été informés et consultés conformément à la procédure, et cela dans un délai de 21 jours. Mais encore, elle va vérifier que les mesures sociales prévues à l'article L. 1233-53 du Code du travail, ou par des conventions ou accords collectifs, ont été mis en oeuvre. Enfin l'administration vérifiera que le projet a été effectivement mis en oeuvre. Depuis la loi du 14 juin 2013 sur sécurisation de l'emploi, l'administration ne doit donc plus simplement être informée *a posteriori*, mais doit effectuer un contrôle *a priori* et dispose d'un délai de 21 jours pour approuver ou refuser les licenciements de moins de dix salariés, sur une même période de trente jours. Cela implique que l'employeur attende la fin de ce délai pour notifier le licenciement, afin que ce dernier modifie ses projets selon les exigences de l'administration.

154- En ce qui concerne les licenciements de plus de dix salariés sur trente jours, l'administration doit, dans un premier temps, être informée du déroulement de chaque étape de la procédure. En outre, elle doit être tenue au courant de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, de l'existence ou non d'une négociation d'accord avec les délégués syndicaux, et d'une éventuelle intervention de l'expert-comptable. Dans un second temps, l'administration dispose de la possibilité d'intervenir en cours de procédure pour guider et émettre des observations quant au déroulement de la procédure. De plus, cette dernière peut être saisie d'une question afférente à la procédure en cours.

155- L'écrit transmis à l'administration doit contenir des mentions obligatoires tels que les coordonnées de l'employeur, la nature de l'activité et le nombre d'effectif, la liste détaillée

des salariés licenciés (ou du salarié en cas de licenciement individuel), ainsi que la date de notification de licenciement pour motif économique. Cette obligation est une étape supplémentaire démontrant que la procédure est orientée vers la protection de l'emploi, au moyen d'une procédure contraignante.

2 - Le contrôle de l'administration dans la protection de certains salariés

156- Il existe plusieurs salariés qui disposent d'un statut particulier lors de l'application de la procédure de licenciement économique. Nous pouvons citer la femme enceinte, mais aussi les délégués du personnel.

157- En vertu de l'article L. 1225-4 du Code du travail, la femme enceinte ne peut être licenciée. L'employeur doit avoir connaissance de l'état de grossesse de la salariée pour que ce principe s'applique. Le Code du travail prévoit cependant deux exceptions : la première est la faute grave non liée directement ou indirectement à l'état de grossesse de la salariée. Dans ce cas, le licenciement est possible sans préavis, et pendant le congé de maternité. Il résulte d'une jurisprudence constante que le motif économique n'est pas une exception au principe de protection de l'emploi de la femme enceinte¹⁷¹. Cependant, la seconde exception concerne l'hypothèse où l'employeur justifie qu'il y a un motif économique suffisant. Ce motif économique doit engendrer une impossibilité de maintenir la salariée dans l'entreprise pour être une exception. Dans ce cas rare, la procédure de licenciement peut être enclenchée pendant la durée du congé de maternité, mais ne pourra être définitive une fois le terme du congé intervenu.

158- L'employeur qui ne respecterait pas ce principe protecteur s'expose à une sanction sévère. En effet, en vertu de l'article L. 1225-5 du Code de travail, l'employeur risque de voir le licenciement de la salariée annulé. En application de cet article, l'annulation suivie d'une réintégration est prononcée par le juge dès lors que l'intéressée a fait connaître à son employeur son état de grossesse dans le délai de 15 jours.

¹⁷¹ Cass.soc. 19 nov 1997, n°94-42.540 ; cass.soc. 24 oct 2000, n°98-41.937.

159- Cela a notamment été rappelé dans un arrêt de la Chambre sociale du 20 juin 1995¹⁷², lorsque la Cour a décidé que « le délai de 15 jours prévu par l'article L. 122-25-2, alinéa 2, du Code du travail s'applique uniquement à la salariée enceinte, licenciée par un employeur ignorant son état de grossesse, afin de permettre à l'intéressée d'en informer l'employeur et d'en justifier par un certificat médical en vue de l'annulation de la décision de licenciement. Il est sans application lorsque l'employeur connaissait l'état de grossesse dès avant la décision de licenciement ». Autrement dit, la protection de l'emploi de la femme enceinte est rétroactive dès lors que l'employeur ignorant l'état de la salariée est informé. Cette jurisprudence a été précisée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 novembre 2001¹⁷³. Il ressort de cette décision que la suspension de la procédure de licenciement jusqu'à la fin du congé de maternité ne suffit pas. Il convient de saluer cette jurisprudence, au regard d'un droit acquis¹⁷⁴ pour une salariée de dissimuler sa futur maternité et d'une législation permettant de faire valoir ce droit dans un délai « *post licenciement* » raisonnable. De plus, à l'aune d'une protection réelle et légitime de la femme enceinte, cela participe à une prévention particulière des licenciements. Outre l'annulation du licenciement, l'employeur qui ne respecterait pas ces mesures de protection, s'exposerait à une sanction en réparation dès lors que la salariée ne souhaiterait pas réintégrer l'entreprise¹⁷⁵.

160- Le rôle de l'inspecteur du travail est d'autant plus important lorsque l'employeur envisage de licencier un salarié protégé. En effet, la procédure est spécifique dans ce cas d'espèce. Tout déclenchement d'une procédure de licenciement d'un salarié protégé, doit être nécessairement soumis au comité d'entreprise, ou à défaut, des délégués du personnel. Le manquement à cette consultation expose l'employeur à un refus immédiat de licenciement par l'inspecteur du travail, mais pourra aussi être poursuivi pour délit d'entrave de procédure. La phase d'autorisation par l'inspecteur du travail n'intervient qu'après consultation du comité d'entreprise. Lorsque l'employeur doit faire face à des difficultés économiques, la procédure complexe du licenciement collectif doit être respectée scrupuleusement en amont de la consultation du comité d'entreprise. La lettre de licenciement ne peut être envoyée avant la réception par l'employeur de l'autorisation de l'administration.

¹⁷² Cass. Soc. 20 juin 1995, n°91-44.952.

¹⁷³ Cass. Soc., 20 nov 2001, n° 99-41.507.

¹⁷⁴ L'article L. 1225-1 du Code du travail va dans le sens d'une protection accrue de la femme enceinte en ce qu'elle est en droit de dissimuler son état de grossesse lors de la conclusion du contrat, mais aussi lors de l'exécution du contrat de travail.

¹⁷⁵ Cass. Soc. 9 oct 2001, Bull. Civ.V n°314. Dans ce cas, les juges du fond évalueront le montant de l'indemnité.

161- Le fait que l'employeur saisisse l'inspecteur du travail ne doit pas signifier que le licenciement est fatalement décidé. En effet, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt « Ensival Moret Kestner » du 30 mars 2010¹⁷⁶ que la simple saisine ne vaut pas licenciement, mais aussi que seule la lettre de licenciement marque la volonté définitive de licencier. Dans cette affaire, l'employeur avait manqué de discernement en envoyant la lettre de licenciement à quatre salariés protégés deux jours avant la saisine de l'inspecteur du travail.

162- Depuis les arrêts Perrier¹⁷⁷, le licenciement de droit commun des salariés représentants du personnel paraît presque impossible pour l'employeur. Dans cette décision, la Chambre mixte reconnaissait « une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun ». La loi du 28 octobre 1982 est intervenue pour légaliser cette jurisprudence. En effet, l'inspecteur du travail doit être sollicité par l'employeur afin de donner une autorisation expresse de licencier. Cette procédure spéciale est un frein pour l'employeur qui ne bénéficie plus d'autonomie, car il est contraint de se soumettre à la décision de l'inspecteur du travail. S'il l'estime nécessaire au regard de l'état de santé de son entreprise, l'employeur pourra former un recours hiérarchique. L'inspecteur dispose d'un délai de 15 jours pour statuer. Ce dernier doit premièrement vérifier que le licenciement est bien d'ordre économique et qu'il n'est pas en réalité fondé sur l'appartenance syndicale du salarié, ni avec ses fonctions représentatives. La découverte par l'inspecteur d'une telle discrimination le contraindrait à un refus d'office. Il va ensuite vérifier que le licenciement du personnel concerné n'entraînera pas une absence d'institution représentative au sein ou ne générera pas de conflits collectifs au sein de l'entreprise ou groupe d'entreprises. Le comité d'entreprise va émettre un avis, qui se révèle en général négatif. Ce n'est pas tant le résultat qui est attendu, la procédure permet d'ériger un débat au sein de l'entreprise et du comité. Ce débat s'avère d'une importance capitale puisqu'il sera transmis à l'inspecteur du travail, qui pourra s'appuyer sur son contenu pour assoir sa décision. Le débat retranscrit doit contenir la justification du projet de licenciement, le procès-verbal de la séance, ainsi que des solutions alternatives au licenciement.

163- Le rôle de l'inspecteur est indispensable pour limiter le pouvoir de l'employeur. Cependant, la liberté d'entreprendre ne pourrait excessivement être violée par le refus de l'inspecteur du travail, en ce que la décision porterait atteinte aux intérêts légitimes de l'employeur. Autrement dit, l'administration peut autoriser un tel licenciement lorsqu'il n'y a

¹⁷⁶ Cass.soc. 30 mars 2010, n°09-40.068.

¹⁷⁷ Ch.mixte, 21 juin 1974, n°71-91.225.

aucun moyen de maintenir le salarié protégé dans l'entreprise. Mais encore faut-il que le salarié protégé ne soit pas employé dans un groupe de sociétés, auquel cas il serait presque impossible pour l'inspecteur du travail d'envisager son licenciement, compte tenu du fait que le plan de reclassement doit permettre à l'employeur de maintenir le salarié dans une entreprise du groupe¹⁷⁸.

164- L'inspecteur devra s'attarder sur deux points essentiels : en premier lieu, il devra vérifier les éventualités d'un reclassement au sein de l'entreprise, au regard des qualifications et compétences du salarié. La recherche d'un éventuel reclassement sera étendue jusqu'au niveau international du groupe d'entreprises. L'inspecteur du travail examinera en profondeur les efforts de reclassement ainsi que l'individualisation de chaque salarié protégé pour un reclassement adapté à chacun des salariés¹⁷⁹. Ce qui protège plus le salarié faisant partie d'un groupe puisque celui qui n'appartient qu'à une entreprise autonome ne dispose pas d'autant de possibilités de reclassement et a par conséquent plus de risque de perdre son emploi. En second lieu, il doit examiner si la situation économique de l'entreprise justifie légalement un licenciement au sein de l'entreprise. Il vérifiera la situation de chaque entreprise du groupe, même celles situées à l'étranger, lorsque la société mère se situe à l'étranger en vertu d'un arrêt du Conseil d'Etat du 8 juillet 2002¹⁸⁰. On remarque à travers un arrêt du Conseil d'Etat en date du 16 février 2007¹⁸¹ que le contrôle opéré par l'inspecteur, au niveau du groupe, est restreint au même secteur d'activité que celui de l'entreprise concernée.

165- On constate que la prévention des licenciements économique ne peut être effective que par les rôles indispensables que jouent le comité d'entreprise et l'inspecteur du travail dans la procédure des grands licenciements économiques. Cette prévention est renforcée par l'obligation légale d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

¹⁷⁸ V. *infra*, chapitre suiv. « l'anticipation par la négociation »

¹⁷⁹ Cass. Soc. 7 oct 1998, n°96-42.812. CE 31 mars 1995, n°127.847 : même en l'existence d'un plan de sauvegarde, le salarié protégé doit faire l'objet d'une attention particulière dans la recherche d'un éventuel reclassement.

¹⁸⁰ CE 8 juillet 2002, n°226471. Cependant, depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015, le salarié doit en faire expressément la demande. V. *infra*

¹⁸¹ CE 16 fevr. 2007, n°272137.

§2 - Les « grands licenciements » collectifs soumis à l'élaboration d'un PSE représentant les moyens du groupe

166- Dans la procédure de grands licenciements collectifs, l'entretien préalable n'est pas prévu. Cependant, un plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoire pour les entreprises comptant au moins cinquante salariés¹⁸², et qui projette de licencier au moins dix salariés sur une période de trente jours. Mais l'employeur qui projette de licencier moins de 10 salariés peut de manière facultative en élaborer un. Il ne sera pas tenu de répondre aux exigences législatives lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est volontaire¹⁸³.

167- Tout d'abord se pose la question du calcul du seuil d'effectif lorsque l'entreprise appartient à un groupe de sociétés ? L'on pourrait croire que les effectifs du groupe, ou d'une partie du groupe seraient pris en compte dans ce calcul. Pourtant, le calcul du seuil d'effectif est apprécié au niveau de l'entreprise¹⁸⁴ et non du groupe. Dans le cas où la société est étrangère, le calcul du seuil de cinquante salariés prend en compte uniquement les salariés travaillant en France¹⁸⁵. Lorsque la société fait partie d'une unité économique et sociale, le seuil retenu sera celui de l'entreprise¹⁸⁶.

¹⁸² En vertu des articles L.1233-61 et suivants du Code du travail, issus de la loi relative à la simplification du droit et des démarches administratives (L. n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 43.)

¹⁸³ Cass., soc., 10 juin 2015, n° 14-10.031 14-10.032 14-10.033 14-10.034 14-10.035 14-10.036 14-10.037 14-10.038. Dans ces arrêts rendus était question de licenciements consécutifs à une liquidation judiciaire, et le PSE volontaire avait été établi par le mandataire judiciaire. La cour décide que l'obligation de reclassement a été remplie puisque le mandataire avait effectivement étendue ses recherches au groupe et « que la cessation d'activité résultait de la cessation des paiements de l'entreprise et de sa situation irrémédiablement compromise, constatée par le jugement prononçant la liquidation judiciaire, la cour d'appel a souverainement retenu, répondant aux conclusions, qu'elle n'était pas imputable à la fraude de l'employeur ».

¹⁸⁴ Cependant, lorsque l'entreprise compte plusieurs établissements, le seuil sera aussi apprécié au niveau de l'entreprise. Cela a notamment été rappelé dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 16 novembre 2010 (Cass. Soc., 16 nov. 2010, n°09-69.485). Cependant, la CJCE n'adopte pas la même appréciation du seuil pour déterminer l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, la directive Dir.98/59/CE.20 Juill. 1998 dispose que « qu'il n'est pas essentiel que l'unité établissement dispose d'une direction pouvant effectuer de manière indépendante les décisions économique ».

¹⁸⁵ Cass. Soc. 23 sept. 2008, n° 07-428.62.

¹⁸⁶ Cass. Soc. 16 janv. 2008, n° 06-46.313 : les magistrats apportent cependant une dérogation au principe d'évaluation de l'effectif. En effet, le périmètre de l'obligation d'établir un PSE sera apprécié au niveau de l'UES si la prise de décision a été prise à son niveau. ; Cass. Soc. 28 janv. 2009, n°07-454.81. La Cour rappelle le principe de l'obligation d'établir le PSE au niveau de l'entreprise, lorsque le PSE est envisagé dans une UES.

168- Le législateur a souhaité contrôler de manière plus stricte le licenciement concernant au minimum dix salariés puisque, le projet de grands licenciements collectifs doit être connu de l'autorité administrative¹⁸⁷. Ces propos peuvent cependant être corroborés par un contrôle *a priori* des mesures prévues par l'employeur depuis la loi du 14 juin 2013. Il semble nécessaire de rappeler qu'avant ladite loi, la procédure de moins de dix salariés ne requerrait l'information de l'autorité qu'au stade « *post licenciement* ». Cela permet en outre de contraindre l'employeur à se soustraire à une nouvelle obligation pouvant le dissuader d'utiliser la procédure à des fins de rentabilité.

169- En vertu de l'article L. 1233-61 du Code du travail, l'employeur doit mettre en œuvre un plan de sauvegarde pour éviter ou limiter les licenciements. L'employeur doit notamment prévoir un plan de reclassement, et doit tout mettre en œuvre pour proposer aux salariés un autre emploi. En effet, l'article L. 1233-62 prévoit que l'employeur peut intégrer dans le plan de sauvegarde des mesures en vue d'un reclassement interne ou externe, des actions de formation, des actions en réaménagement ou réduction du temps du travail, et de soutien à la création d'activité nouvelle¹⁸⁸.

170- Dans l'hypothèse où les licenciements sont inévitables au regard de l'état de santé de l'entreprise, le plan de sauvegarde de l'emploi doit limiter les licenciements, notamment en recourant à divers alternatives. En effet, l'employeur peut proposer des accords de rupture, des ruptures conventionnelles, des préretraites, des départs volontaires¹⁸⁹. La validité de ces propositions est conditionnée par une cause économique. Cependant, il est impératif que le recours à ces autres modes de ruptures entre dans le seuil des effectifs déterminant l'obligation pour l'employeur d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. En outre, le législateur souhaite éluder les détournements de la procédure. En effet, l'employeur pourrait être tenté d'ignorer ces modes de ruptures dans la prise en compte du seuil minimum pour établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Le groupe doit contribuer à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant (A), plan qui peut être élaboré par l'employeur unilatéralement ou procède d'une négociation (B).

¹⁸⁷ V. *supra* section précédente

¹⁸⁸ S'agissant des mesures permettant d'éviter les licenciements, cf. Titre II de cette partie, chapitre I, section I où est appréhendé le PSE négocié comme mesure d'anticipation des licenciements économiques.

¹⁸⁹ Voir *infra* sur le recours à ces autres modes de ruptures in Titre II de cette partie, chapitre I, section II « l'incitation à la rupture négociée du contrat de travail ».

A – La contribution du groupe à l'élaboration d'un PSE suffisant

171- L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi doit être respectée, compte tenu des moyens dont dispose la société ou le groupe concerné. En effet, le législateur prévoit dans son article L. 1235-10 alinéa 2 du Code du travail que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe ». On fait référence ici au principe de proportionnalité dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Autrement dit, la suffisance du plan sera appréciée compte tenu des moyens financiers et des possibilités de reclassement dont le groupe dispose. Les licenciements dans les groupes dont l'envergure permet à l'employeur de prendre des mesures doivent refléter les moyens matériels de l'entreprise.

172- Le plan de sauvegarde doit être évalué en fonction de la situation économique et d'employabilité du groupe d'entreprises. En effet, dans un arrêt *Fralib sourcing* du 17 novembre 2011, la cour d'appel d'Aix-en-Provence¹⁹⁰ a décidé que les mesures proposées dans le plan de sauvegarde de l'emploi doivent être « à la hauteur des importants moyens matériels et financiers du groupe ». Cette décision, confirmée par la Cour de cassation le 25 septembre 2013¹⁹¹ marque bien la distinction entre l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre d'une société autonome, et celui élaboré dans le cadre d'une société appartenant à un groupe. Autrement dit, le plan de sauvegarde d'une société appartenant à un groupe devra être plus recherché et plus poussé. Selon M. le Professeur Antonmattei, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe, il paraît louable que le plan de sauvegarde de l'emploi soit établi en fonction des moyens du groupe, car la solidarité doit s'exprimer en matière sociale de manière particulière¹⁹².

173- De plus, l'employeur qui intégrerait des offres de reclassement dans le cadre du plan de sauvegarde devra tout mettre en œuvre pour proposer aux salariés un autre emploi de manière sérieuse¹⁹³. L'employeur doit tout mettre en œuvre pour que le contrat perdure. Autrement dit, ce dernier est tenu de proposer aux salariés un reclassement « possible » et non « fictif ». Et

¹⁹⁰ CA Aix en Provence, 17 nov. 2011, n°2011/705.

¹⁹¹ Cass. Soc. 25 septembre 2013, n° 12-20.986.

¹⁹² M. Antonmattei, entretien du 21 septembre à la faculté de droit de Montpellier. Cet auteur regrette cependant le PSE soit restreint à l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015

¹⁹³ V. *infra*. Chapitre II de cette partie, section I, §1, B « l'exigence d'une proposition de reclassement sérieuse ».

cela parce que certains dirigeants opteraient pour une simple proposition écrite, dans le but de répondre simplement aux exigences légales de la procédure, mais dont l'application n'est pas sérieuse et personnalisée. Pourtant, on sait que l'employeur doit exécuter le contrat de travail en respectant le principe de bonne foi, édicté à l'article L. 1222-1 du Code du travail, duquel procède l'obligation de loyauté dans l'application de la procédure de licenciement économique.

174- Cependant, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015 a apporté une limite à la contribution du groupe au plan de sauvegarde de l'emploi lorsqu'une filiale du groupe fait l'objet d'une procédure collective : le législateur a décidé que le plan de sauvegarde de l'emploi est désormais restreint à l'entreprise dans ce cas¹⁹⁴. Dans tous les cas, le plan de sauvegarde de l'emploi peut être issu d'un acte unilatéral élaboré par l'employeur, ou négocié avec les institutions représentatives du personnel.

B - L'acte unilatéral ou négocié dans l'élaboration du PSE

175- L'article 20 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », transposé pour partie par la loi du 14 juin 2013, a réformé le plan de sauvegarde de l'emploi. Pourtant, il n'apporte aucune disposition sur le licenciement dans les groupes de sociétés¹⁹⁵, alors même que la spécificité du licenciement économique est manifestement liée à l'obligation de reclassement dans le cadre d'un plan de sauvegarde. Cette loi prévoit que le plan de sauvegarde de l'emploi soit prévu dans un accord collectif majoritaire, ou par un acte unilatéral élaboré par l'employeur. En outre, l'employeur doit déterminer le plan de sauvegarde de l'emploi, soit par négociation avec les délégués syndicaux (1), soit rédiger unilatéralement le plan de sauvegarde, en consultant le comité d'entreprise, sous réserve de l'accord de l'administration (2).

¹⁹⁴ Cf. titre II de cette partie, chapitre II « l'anticipation dans le cadre d'une procédure collective ».

¹⁹⁵ En revanche, l'ANI du 11 janvier 2013 envisage dans son titre II une valorisation de l'information des salariés quant à la situation économique de l'entreprise, et notamment sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. V. *infra* Titre II de cette partie, Chapitre I, Section I « le licenciement individuel et collectif : une procédure orientée vers la protection de l'emploi »

1 - La rédaction négociée du PSE avec les syndicats

176- La loi du 14 juin 2013 prévoit désormais qu'un accord collectif peut être conclu entre l'employeur, et des représentants syndicaux cités à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail¹⁹⁶. L'administration doit être informée « sans délai » de l'existence d'une négociation en cours. Elle dispose de 15 jours pour le contenu de l'accord et vérifier qu'il est proportionné aux moyens du groupe¹⁹⁷.

177- Selon M. le Professeur Gérard Couturier, la réforme de la procédure de licenciement prônerait un « parti pris de la négociation collective »¹⁹⁸. L'instruction ministérielle du 26 juin 2013 prévoit également que la négociation dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi soit « l'alternative positive à l'élaboration unilatérale d'un projet de licenciement »¹⁹⁹.

178- Mais il est possible de prévoir une partie du contenu du plan de sauvegarde dans un accord majoritaire et dans la rédaction unilatérale élaborée par l'employeur. Une fois le plan élaboré, il doit être transmis à l'administration pour homologation²⁰⁰. Le plan de sauvegarde de l'emploi négocié représente une incitation législative au maintien de l'emploi, c'est un dispositif d'anticipation des licenciements économiques efficace dans le groupe²⁰¹. A défaut d'accord total ou partiel, l'ensemble du contenu du plan figurera sur l'acte unilatéral validé par l'administration.

¹⁹⁶ En vertu de l'article L.1233-24-1 du Code du travail, « Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. »

¹⁹⁷ Sur le contenu de l'accord, v.art. L. 1233-24-2 du C.Trav. qui dispose que « 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5 ; 3° Le calendrier des licenciements ; 4° Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. » ; et cf. *infra* titre II de cette partie, chapitre I, section I

¹⁹⁸ COUTURIER (G.), Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs, Dr. Soc. N° 10, octobre 2013, p.814.

¹⁹⁹ instruction DGEFP n°2013-10 du 26 juin 2013 relative aux orientations pour l'exercice des nouvelles responsabilités des DIRECCTE/DIECCTE dans les procédures de licenciements économiques.

²⁰⁰ Art. L1233-57-1 du C. Trav.

²⁰¹ Cf. *infra* titre II de cette partie, chapitre I, section I

2 - La rédaction unilatérale du PSE validée par l'administration

179- L'article L. 1233-24-4 du Code du travail dispose qu' « à défaut d'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur ». En outre, l'employeur peut établir le plan de sauvegarde de l'emploi lui-même en y intégrant des mesures visant à faciliter le maintien de l'emploi²⁰² et le soumettre à la validation de la DIRRECTE. Le silence de l'administration vaut homologation²⁰³ de l'acte, si cette dernière n'a pas manifesté d'observation dans les 21 jours. Si au contraire cette dernière se manifeste pour formuler « toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise »²⁰⁴, l'employeur devra modifier le contenu du plan de sauvegarde avant de le soumettre à nouveau à son contrôle. Elle doit en outre vérifier que le contenu de l'accord est suffisant au regard des moyens du groupe²⁰⁵ avant de le valider²⁰⁶.

180- Ainsi, l'administration suit toute les étapes de la procédure et intervient de manière active dans un des socles préventif de la procédure de licenciement économique, le plan de sauvegarde de l'emploi. Son intervention est d'autant plus importante dans les groupes de sociétés qu'elle participe à une dissuasion d'un détournement possible de la procédure.

²⁰² L'article L. 1233-24-2 préc. ; cf. également *infra* titre II de cette partie, chapitre I, section I

²⁰³ L. 1233-57-4 C. Trav.

²⁰⁴ Art. L. 1233-57 C. Trav.

²⁰⁵ Art. L. 1233-57 1° C. Trav.

²⁰⁶ Art. L1233-57-1 du C. Trav.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

181- Cette procéduralisation du licenciement économique fait état d'une volonté du législateur d'instaurer une contrainte pour prévenir les débordements, et détournements de cette procédure alors que le risque économique ne justifierait pas le motif économique. La procéduralisation participe ainsi à une prévention des licenciements. Cette appréhension est nécessaire au regard de la réalité de groupe.

182- La prévention des licenciements économiques est caractérisée par une protection accrue de l'emploi. Cette protection de l'emploi est elle-même démontrée par une procédure prévoyant plusieurs étapes successives que l'employeur doit respecter. La « procéduralisation » est notamment caractérisée par un devoir de convoquer le salarié à un entretien préalable, d'appliquer l'ordre des licenciements, de notifier le licenciement dont le contenu est dicté par la loi, et enfin l'obligation d'informer l'administration. Même si l'obligation à l'entretien préalable n'est que formelle car l'employeur n'est pas tenu de prévoir une nouvelle date pour l'entretien, il n'en demeure pas moins qu'elle représente une étape indispensable à la charge de l'employeur. L'application de l'ordre des licenciements doit être observée afin de prévenir un licenciement « arbitraire » au regard du principe de l'égalité de traitement des salariés. Puis, l'employeur doit notifier le licenciement en proposant des mesures d'accompagnement telles que la priorité de réembauchage et un congé de reclassement au regard de l'envergure de l'entreprise ou du groupe. La priorité de réembauchage ne s'étend pas au groupe de sociétés, sauf en cas de transfert d'entreprise.

183- Lorsque l'entreprise déclenche une procédure de licenciement collectif, l'avis du comité d'entreprise est obligatoire, ainsi que l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Les délégués du personnel doivent ainsi être informés de chaque étape de la procédure. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit être suffisant et proportionnel aux moyens de l'entreprise ou du groupe. On peut donc affirmer que le groupe de sociétés est pris en compte dans la prévention des licenciements car le groupe est tenu de contribuer à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, ce qui permet d'envisager plus facilement un maintien de l'emploi.

184- La loi du 14 juin 2013²⁰⁷ sur la sécurisation de l'emploi prévoit la négociation d'un accord collectif majoritaire, ou l'élaboration d'un acte unilatéral soumis par l'employeur à l'homologation de la Direccte, après consultation du comité d'entreprise. Ce dispositif permet d'améliorer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Cela démontre qu'il existe une volonté de sécurité juridique, mais aussi d'une intervention de l'Etat comme garant de cette sécurité. A défaut d'accord majoritaire, il homologue le plan de sauvegarde de l'emploi.

185- Cette procéduralisation dans la procédure de licenciement collectif dans les groupes de sociétés, se manifeste également par une obligation de reclassement spécifique au groupe de sociétés à la charge de l'employeur.

²⁰⁷ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Loi déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel n° 2013-672 DC en date du 13 juin 2013.

- CHAPITRE II -

L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT SPECIFIQUE AU GROUPE

186- Le reclassement représente un pilier dans la procédure de licenciement économique. L'obligation de reclassement est d'origine prétorienne. La jurisprudence l'a créée à la lumière de l'article 1134 du code civil. En effet, l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat nécessite que l'employeur soit débiteur d'une obligation de reclassement lorsque l'emploi de ses salariés est en péril, notamment pour cause économique. L'obligation de reclassement fût dégagée par la Chambre sociale le 25 février 1992²⁰⁸ avant d'être consacrée par le législateur²⁰⁹. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. Dès lors, une cour d'appel qui relève qu'un employeur licencie un salarié en supprimant un poste de responsable du fichier client informatique, tout en engageant au même moment une facturière, et qui fait ressortir que le salarié licencié aurait pu être reclassé dans cet emploi compatible avec ses capacités, peut décider que le licenciement ne repose pas sur un motif économique ».

187- Autrement dit, l'employeur doit rechercher un poste au sein de l'entreprise et proposer une formation adaptée, eu égard au principe de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. La bonne foi est ainsi une arme dissuasive pour rééquilibrer les relations entre l'employeur et le salarié. Cet arrêt fait apparaître en l'espèce un abus de la liberté d'entreprendre de l'employeur. La loyauté contractuelle vient ici limiter cette liberté.

L'on sait aujourd'hui que le droit à l'emploi est également un fondement qui restreint la liberté d'entreprendre de l'employeur, l'obligation de reclassement étant considérée comme un prolongement du droit à l'emploi²¹⁰. C'est la décision rendue par le Conseil constitutionnel

²⁰⁸ Cass., Soc., 25 février 1992, n° 89-41.634 ; D. 1992. Somm. 294. Obs. A. Lyon Caen.

²⁰⁹ V. *infra*

²¹⁰ PETIT (F.), L'insaisissable droit à l'emploi, in « droit du travail, emploi, entreprise », mélange en l'honneur de F.Gaudu, IRJS édition, 2014, p.66. Cet auteur souligne à juste titre que le droit à l'emploi permet de « garantir dans une certaine mesure sa pérennité ».

le 13 janvier 2005 qui admet que la conciliation entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre « n'est attachée d'aucune erreur manifeste »²¹¹.

188- Par ailleurs, cette obligation de reclassement a été réitérée dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 avril 1992²¹² dans lequel la Chambre sociale décidait que « le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible ». Cette jurisprudence a inspiré le législateur qui a créé la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002²¹³.

189- Avant l'entrée en vigueur de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances²¹⁴ du 6 Août 2015, l'alinéa premier de l'ancien article L. 1233-4 du Code de travail disposait que « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation²¹⁵ ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »²¹⁶. Aujourd'hui, cette disposition est applicable seulement sur le territoire national en vertu de la modification apportée par la loi du 6 août 2015 qui ajoute que les offres de reclassement sont « situés sur le territoire national ».

190- On peut remarquer à travers cet article que la loi de modernisation sociale était orientée vers l'intégration de l'obligation de reclassement dans les groupes de sociétés ; alors que le Code du travail ne fait toujours pas référence au groupe de sociétés dans la procédure de licenciement économique. Bien plus encore, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances restreint l'étendue de l'obligation aux emplois disponibles situés sur le territoire national²¹⁷. Cet article démontre qu'elle représente une obligation de moyens à la charge de l'employeur²¹⁸. L'obligation de reclassement est une protection efficace pour les salariés,

²¹¹ C.const., 13 janv. 2005, n° 2004-509 DC : Dans cette décision, le Conseil constitutionnel devait répondre de la conformité de l'article 77 de la loi de programmation pour la cohésion sociale. Etait contesté le droit à la réintégration du salarié dont le licenciement pour motif économique a été sanctionné par la nullité.

²¹² Cass., Soc., 1^{er} avril 1992, n° 89-43.494

²¹³ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui créa l'article L. 1233-4, modifiée par la loi du 6 Août 2015 (V. *infra*).

²¹⁴ Loi n° 2015-990 du 6 Août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 290.

²¹⁵ V. *infra* titre II partie I « l'anticipation ».

²¹⁶ Ce chapitre a trait aux efforts de reclassements effectués par l'employeur. L'obligation d'adaptation et de formation dans un but d'anticipation sera étudiée dans le titre II.

²¹⁷ V. *infra* section II de ce chapitre

²¹⁸ L'obligation de moyens est caractérisée par la rédaction de l'article ainsi rédigé « lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe (...) »

mais aussi une justification du motif du licenciement. C'est un moyen de prévention des licenciements collectifs effectif, puisque le licenciement économique ne peut intervenir qu'après satisfaction de l'obligation de reclassement. Cette obligation est d'autant plus contraignante pour l'employeur car il doit élaborer un plan de reclassement au sein de l'entreprise, et d'être élargie au groupe.

191- L'obligation de reclassement est applicable, dans le cadre aussi bien d'un licenciement individuel ou collectif. Le reclassement est un moyen efficace d'éluder les licenciements, et cette efficacité est renforcée lorsque le salarié fait partie d'un groupe de sociétés. D'une part parce qu'il peut être reclassé dans une société d'un groupe national (section I), et d'autre part dans une société d'un groupe international (section II).

Section I - Le périmètre de l'obligation étendu au groupe de sociétés national

192- Aucune incidence de la loi du 6 août 2015 pour les groupes de sociétés nationaux, qui sont toujours tenus d'élargir leur recherche dans le groupe. La prévention des licenciements dans un groupe national est donc toujours de mise.

193- Il existe des principes similaires dans l'application de la procédure de licenciement collectif, d'une part lorsque la procédure est appliquée dans un groupe de sociétés, dans une société autonome, d'autre part (§1). Par ailleurs, lorsque la procédure est afférente à un groupe de sociétés, les recherches de reclassement doivent être élargies au groupe (§2).

§1 - Les principes communs de l'obligation de reclassement

194- A la fin des années 1970, la Cour de cassation avait accepté pour la première fois la validité d'un licenciement survenu après refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail.²¹⁹ Puis, au milieu des années 1980²²⁰, elle décida que seul le refus du salarié a pour conséquence son licenciement pour motif économique. Pourtant, la loi du 2 août 1989²²¹ mit fin à cette jurisprudence.

195- La loi du 6 août 2015 modifie l'article L. 1233- 4 alinéa 1 du Code du travail, et prévoit désormais que « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie». Désormais, le licenciement pour motif économique a une cause réelle et sérieuse si le refus du salarié

²¹⁹ Soc. 24 oct. 1979, *D.* 1980. IR. 45, obs. P. Langlois.

²²⁰ Soc. 9 mai 1984, *Dr. soc.* 1984. 544, note J. Savatier.

²²¹ Loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion ; Anc. art. L. 321-1 devenu L. 1233-3 nouv.

entraîne l'impossibilité matérielle d'être reclassé. Même les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire sont soumises à cette exigence²²².

196- La place de la volonté du salarié dans le cadre de l'application de l'obligation de reclassement (A) ainsi que l'obligation d'une recherche « active » de reclassement par l'employeur (B) seront appréhendées de manière commune pour les deux procédures.

A - La place de la volonté du salarié dans l'application de l'obligation de reclassement

197- L'article L. 1233-4 alinéa 2 du Code du travail dispose que « le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent « assorti d'une rémunération équivalente »²²³. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure».

198- Ainsi, en présence d'une société appartenant à un groupe ou non, l'employeur doit proposer un emploi prévoyant une même rémunération depuis la loi du 18 mai 2010²²⁴. La question est de savoir si à défaut d'une telle proposition, le salarié peut-il cibler les offres susceptibles de l'intéresser ? Il convient d'étudier la place de la volonté du salarié lors d'une modification antérieure à l'application de reclassement (1), et lors de sa mise en œuvre (2).

²²² Cass. Soc., 19 avril 2013, N° 13-40.006; cass. Soc. 10 mai 1999 n° 97-40.060 *Publication* :Bulletin 1999 V N° 203 p. 149.

²²³ Article issu de la loi n°2010-499 du 18 mai 2010. Le législateur a rajouté « assorti d'une rémunération équivalente » pour mettre fin aux débats relatifs à des propositions interprétées comme saugrenus, au regard des rémunérations inférieurs au SMIC, alors que l'employeur était contraint d'appliquer strictement la loi.

²²⁴ V. *infra* section II de ce chapitre

1 - La modification du contrat antérieur à l'application de reclassement

199- En vertu de l'article L .1222-6 alinéa 1 du Code du travail « lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception ». Le salarié peut ensuite accepté ou refusé la proposition. L'article 1233-25 du Code du travail exige que « lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ». En outre, lorsque dix refus n'ont pas été comptabilisés, l'employeur peut proposer une modification du contrat de travail au salarié en amont du déclenchement de la procédure de licenciement pour motif économique. Par ailleurs, ces propos peuvent soulever diverses questions telles que : la modification substantielle du contrat de travail est-elle attachée à l'obligation de reclassement²²⁵ ? Si la réponse est positive, le refus par le salarié d'une proposition d'une modification dispenserait-il l'employeur de satisfaire à l'obligation de reclassement ? Comme le souligne M. Alexandre Fabre, cela reviendrait-t-il à concevoir la modification du contrat comme « une forme de reclassement anticipé »²²⁶.

200- Question à laquelle il convient de répondre par la négative. Lorsque le salarié fait part de son refus à l'employeur, en dehors de toute proposition de reclassement, cela ne peut suffire à s'exempter de l'obligation de reclassement. En effet, la Cour de cassation décida le 30 septembre 1997 que « le refus par le salarié d'une proposition de modification de son contrat de travail pour motif économique ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement »²²⁷. Cette jurisprudence fût réitérée par les Hauts magistrats le 25 novembre

²²⁵ Sur la notion de modification du contrat de travail dans le cadre d'une conservation négociée de l'emploi. Cf. *infra*. Partie I, Titre II, section I, §1.

²²⁶ Fabre (A.), Modification du contrat et obligation de reclassement : l'une n'empêche pas l'autre !, Soc. 25 novembre 2009, n° 08-42.755, Revue de droit du travail 2010 p.103.

²²⁷ Soc. 30 sept. 1997, *Bull. civ. V.*, n° 290, *Dr. soc.* 1997. 1096, obs. G. Couturier. V., égal., Soc. 11 juill. 2001, n° 98-46.392.

2009²²⁸. Le refus présumé du salarié par l'employeur²²⁹ ne dispense pas ce dernier de proposer une offre de reclassement à l'intéressé.

201- La Cour de cassation a rappelé²³⁰ que l'employeur est « tenu de proposer au salarié dont le licenciement était envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut d'une catégorie inférieure, sans pouvoir limiter ses offres en fonction de la volonté présumée de l'intéressé de les refuser »²³¹. Dans cette affaire, un salarié avait refusé une modification, et l'employeur n'avait pas proposé par la suite un poste similaire dans le cadre de l'obligation de reclassement. D'une part, le salarié contestait le respect de l'obligation de reclassement ; et d'autre part, l'employeur présumait le refus du salarié au reclassement, le poste concerné étant similaire à celui refusé préalablement à une proposition de reclassement. La Cour reprend mot pour mot la solution dégagée par la Chambre sociale du 30 septembre 1997, se fondant sur l'article L. 1233-4 du Code du travail, pour casser la décision de la Cour d'appel. M. Alexandre Fabre souligne que la Cour de cassation « n'est pas prête à atténuer la responsabilité de l'employeur en matière d'emploi », et il convient de saluer cette interprétation. En outre, l'employeur qui fait face à un refus du salarié, ne peut se contenter de ce refus pour se dégager de sa responsabilité ; et donc de proposer des offres similaires, au motif d'une présomption de refus de la part du salarié. Autrement dit, l'employeur doit entamer les recherches attachées à l'obligation de reclassement, sans les limiter à un éventuel refus du salarié. Par ailleurs, la proposition d'une modification du contrat n'est aucunement attachée à l'obligation de reclassement, car l'employeur est toujours tenu à cette obligation. Cela va dans le sens d'une prévention des licenciements car l'employeur ne peut y déroger. Le reclassement ne pourra donc intervenir que si le salarié a refusé la modification de son contrat de travail.

²²⁸ Soc. 25 novembre 2009, flocart c/ Distrimusic, n° 08-42.755, Revue de droit du travail 2010 p.103, note Fabre (op.cit) ; Modification du contrat et obligation de reclassement : l'une n'empêche pas l'autre !, Revue de droit du travail 2010 p.103.

²²⁹ L'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée de l'intéressé de les refuser, cass. Soc 25 nov. 2009, JCP S 2010, n°3, 1012.

²³⁰ La Cour de cassation avait déjà dégagé l'interdiction de limiter les recherches de reclassement en fonction de la volonté présumée du salarié : Cass. Soc. 24 juin 2008, n°06-45.870, RTD oct. 2008, p.598.

²³¹ Ces affirmations ne sont cependant pas applicables dans le cadre d'un groupe international, car la volonté du salarié est recueillie en amont de toute recherche de reclassement. Cf. section II de ce chapitre.

2 - La modification dans le cadre de l'obligation de reclassement

202- La possibilité de reclasser le salarié dans un emploi moins qualifiant, avec une baisse de salaire nécessite une modification de son contrat de travail. Dans ce cas, le consentement du salarié est exigé. Le reclassement du salarié est une obligation pour l'employeur, mais un droit pour le salarié, il peut donc refuser son reclassement, principalement pour le motif tiré de la modification de son contrat²³². Cela se justifie par le fait que la modification de contrat de travail est substantielle, reposant sur des motifs économiques. Le licenciement pour motif économique ne pourra s'effectuer que si le refus du salarié entraîne une impossibilité d'être reclassé.

203- Cependant, se pose la question du refus antérieur à la proposition concrète de l'offre de reclassement. L'employeur peut-il se prévaloir de ce refus, et donc s'abstenir de proposer un autre poste au salarié ? Question à laquelle la Cour de cassation a répondu négativement le 13 novembre 2008²³³. Dans cette affaire, une salariée avait refusé par avance une offre de reclassement au motif qu'elle ne souhaitait pas subir un éloignement familial. Puis, l'employeur avait alors limité ses recherches en fonction de la volonté de la salariée, sans y parvenir. M. le Professeur Frouin considère pertinemment que l'« on conçoit bien l'intérêt pour le chef d'une entreprise appartenant à un groupe implanté sur tout le territoire, voire dans des pays étrangers, d'une telle solution qui serait de nature à le dispenser d'une recherche très large des possibilités de reclassement sans pour autant méconnaître son obligation »²³⁴. On constate que le juge va donc plus loin dans la mise en œuvre de l'obligation de reclassement puisque la Cour de cassation exige une proposition concrète soumise au salarié, même lorsque ce dernier exprime un refus par avance.

²³² En vertu de l'article L.1222-6 du code du travail « La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée » le silence vaut acceptation de la modification et donc du reclassement vers un poste d'une catégorie inférieure.

²³³ Cass., Soc., 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-46.227.

²³⁴ FROUIN (J-Y.), L'étendue de l'obligation de reclassement de l'employeur au regard des souhaits exprimés par le salarié, RDT 2009, p.37. Cet auteur retient tout de même qu'il faut retenir de la solution de la Cour que « si le salarié refuse une ou plusieurs offres pour des motifs qu'il indique précisément, il ne peut ensuite reprocher à l'employeur d'avoir pris en compte ces motifs pour procéder à de nouvelles recherches et de s'être abstenu de lui soumettre des propositions qui allaient se heurter aux mêmes motifs de refus ».

204- Cette position du juge est justifiée par le facteur temps. En effet, le consentement du salarié n'est recueilli au stade d'une proposition concrète, qui doit être sérieuse.

B - L'exigence d'une proposition de reclassement sérieuse

205- L'employeur doit satisfaire à l'obligation de reclassement en recherchant « activement » un emploi pour ses salariés, que ce soit dans la société ou dans le groupe (1), et présentant un caractère écrit et précis (2).

1 - Une proposition consécutive à une recherche « active »²³⁵

206- L'employeur doit satisfaire à l'obligation de reclassement par l'exécution d'« actes positifs de recherche » ainsi que par « des actes d'investigation »²³⁶. Que l'on soit dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés ou d'une société autonome, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour exécuter son obligation de reclassement. Les actes positifs de recherches suppose que l'employeur participe activement par des actes d'investigation afin d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements.

207- Cependant, ces propos peuvent être tempérés par un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2007, qui admet la possibilité pour l'employeur de « la mise en situation de recherche de reclassement pendant une période déterminée avec dispense d'activité et maintien de la rémunération dès lors que, pendant cette période, l'employeur remplit son obligation de recherche de reclassement et que le plan prévoit les mesures nécessaires à cet effet »²³⁷. La Chambre sociale cassa ainsi l'arrêt rendu par la cour d'appel qui avait retenu que cette recherche d'emploi était à la charge de l'employeur et que l'obligation ne pouvait être transférée au salarié. Cette décision a été rendue dans le cadre de l'application d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans un groupe de sociétés. Autrement dit, même si l'employeur doit

²³⁵ TRUSKOLASKI (M.), La légitimité du motif économique du licenciement, sous la direction de Xavier LAGARDE, 2008, p.400.

²³⁶ TRUSKOLASKI (M.), op. cit, p.399 et suiv. ; notions étudiées par F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ 2000, tome 34.

²³⁷ Cass., Soc. 14 fevr. 2007, 05-45.887.

procéder lui-même à une recherche sérieuse, il n'est pas exclu que le salarié contribue à cette recherche, compte tenu de la contrepartie financière prévue à cet effet, mais également de la période provisoire. Il semble, d'une part que l'on pourrait interpréter cette jurisprudence dans le sens d'une participation active de la part de l'employeur par le recours au maintien de la rémunération du salarié et dans une période déterminée. De plus, les recherches faites par le salarié peuvent s'avérer fructueuses²³⁸, en ce sens que le salarié peut sélectionner les postes dont les compétences lui correspondent²³⁹. D'autre part, la doctrine soulève un point essentiel et pertinent : il ressort de cette décision que ce concept « s'inscrit bien dans le cadre des mesures de reclassement (...) mais à la condition, vérifiée en l'espèce, qu'elle ne dispense pas l'employeur de son obligation de rechercher durant cette période un reclassement et que le plan ait prévu les mesures à cet effet »²⁴⁰. Autrement dit, la participation active du salarié est tolérée par le juge dans la mesure où l'employeur participe de manière effective à ces recherches parallèlement à celles du salarié.

208- La Cour de cassation a dû également apprécier la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi. Les juges de la haute juridiction ont décidé que : « pour déclarer non conforme aux exigences de l'article L. 321-4-1 du Code du travail le plan de sauvegarde de l'emploi, la cour d'appel retient d'abord que parmi la liste des 266 postes offerts au reclassement annexée au plan social présenté le 31 octobre 2001, seuls 67 constituaient des offres réelles et concrètes de reclassement susceptibles d'être proposées aux salariés après l'expiration du délai d'acceptation de la modification du contrat de travail, ce qui n'est pas proportionné à la taille de l'entreprise et du groupe auquel elle appartient ». Cela signifie que l'offre ne doit pas être abstraite et ne doit pas donner l'impression de satisfaire à l'obligation « en apparence ». Les propositions émises doivent être transparentes et le plan de sauvegarde de l'emploi doit être proportionnel aux moyens de l'entreprise ou du groupe. En effet, « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe »²⁴¹. Autrement dit, l'employeur doit prévoir un reclassement en fonction des postes disponibles au sein de l'entreprise ou du groupe, dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi. La proposition sérieuse doit être consécutive à des recherches actives, et non fictives. Cette exigence incite l'employeur à respecter

²³⁸ Ces propos peuvent être relativisés car cela dépend néanmoins de la structure de l'entreprise ou du groupe.

²³⁹ A défaut de disposer des compétences requises pour le poste intéressant le salarié, ce dernier peut demander à l'employeur une formation.

²⁴⁰ AMAUGER-LATTES (M.-C.), DESBARATS (I.), LARDY-PELISSIER (B.), PELISSIER (J.), REYNES (B.), Droit du travail, janvier 2007 - avril 2007, Recueil Dalloz 2007 p.2261.

²⁴¹ V. *infra*

méticuleusement et rigoureusement la procédure. Cette proposition sérieuse ne pourra être satisfaite qu'à la condition qu'elle soit écrite et précise.

2 - Une proposition présentant un caractère écrit et précis

209- L'article L. 1233-4 alinéa 3 du Code du travail dispose que « les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises ». Cela signifie d'une part, que la proposition faite au salarié ne peut être orale, et d'autre part l'exigence d'un écrit précis fait référence à une offre de reclassement claire et sans équivoque. Par ailleurs, la précision fait référence à une offre individualisée²⁴².

210- En premier lieu, l'écrit est indispensable comme mode de preuve, et c'est ce que vérifiera le juge pour trancher un litige relatif à l'appréciation du respect de l'obligation de reclassement. L'employeur ne peut affirmer s'être acquitté de son obligation par « tous moyens ». **C'est ce que la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 20 septembre 2006**, dans le cadre de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement. Dans cette décision, les juges réaffirment que la preuve de la mise en œuvre de l'obligation est catégoriquement écrite. De plus, la cour d'appel n'avait pas vérifié l'existence du support allégué par l'employeur²⁴³. **La haute Cour fait une application stricte de l'alinéa 3 du texte, et cela n'a donc *a priori* rien de surprenant.**

211- Cependant, la doctrine met l'accent sur un point : « l'arrêt mérite néanmoins d'être signalé pour l'éclairage qu'il apporte au rôle du formalisme dans les procédures de licenciement »²⁴⁴. Ce nécessaire formalisme a également été salué par M. le Conseiller Philippe Waquet. Ce dernier a également relevé que ces offres écrites et précises « ont, en outre, l'avantage de faciliter la décision du salarié : sachant avec précision quels postes lui

²⁴² Circ. DRT n°93-24, 4 oct 1993, 1^{re} partie, II, n°2-3, BOMT n°94-1 ; CE, 29 juin 2009, req. n° 307964.

²⁴³ Cass. Soc., 20 sept. 2006, n° 04-45.703, Bulletin 2006 V n° 276 p. 262.

²⁴⁴ BORENFREUND (G.), GUIOMARD (F.), LECLERC (O.), LOKIEC (P.), PESKINE (E.), WOLMARK (C.), Droit du travail, septembre 2006 - décembre 2006, Recueil Dalloz 2007, p.686.

sont proposés, le salarié est à même de réfléchir et de choisir entre le maintien d'un emploi et le licenciement »²⁴⁵. Ces propos nous emmènent donc au second point, la précision de l'offre.

212- La précision nécessite que l'offre décrive une fiche détaillée du poste proposé, mais aussi qu'elle corresponde au profil de chaque salarié. Et comme le souligne de manière constante la Cour de cassation, les propositions patronales doivent être des « offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées »²⁴⁶. Ainsi, comment l'employeur met-il en œuvre ce principe large de l'obligation de reclassement, à l'aune de l'exigence de la réunion de ces trois critères ?

213- La communication avec les autres sociétés du groupe est indispensable pour que l'employeur ait connaissance des postes à pourvoir. Mais quel sont les moyens effectifs permettant à l'employeur de satisfaire à l'obligation de reclasser le salarié dans une société du groupe, à défaut de postes à pourvoir au sein de son entreprise ?

214- La Haute juridiction a eu l'occasion de répondre à ces questions. En effet, dans un arrêt en date du 31 mars 1998, la Cour de cassation a confirmé la décision des juges de la cour d'appel qui relevait que le simple envoi de deux lettres, l'une à la société mère, l'autre à l'un des établissements ne suffit pas à caractériser une « volonté réelle de reclassement », dès lors qu'aucune proposition n'avait été émise au salarié alors qu'une société du groupe disposait d'un poste vacant. De plus, l'envoi de lettres-circulaires à chaque société du groupe ne suffit pas à démontrer que l'employeur ait répondu de manière suffisante à son obligation. Pourtant une lettre de circulaire de demande de recherche de reclassement peut être admise dès lors que « la lettre de demande de recherche de reclassement était suffisamment personnalisée en ce qu'elle comportait le nom des salariés, leur classification et la nature de leur emploi »²⁴⁷.

215- En outre, l'employeur doit faire une proposition sérieuse, à l'initiative d'une recherche active et personnalisée et cela par tous moyens à condition que soit démontré la réunion des caractères écrits, précis et personnalisés de la communication de l'information au salarié et aux sociétés du groupe. Il ne pourra être reproché à l'employeur de n'avoir pas abouti à un reclassement, compte tenu de son investissement pour satisfaire à son obligation. Puis, la Cour a estimé dans un arrêt du 3 avril 2001 que l'employeur satisfait à son obligation de

²⁴⁵ WAQUET (P.), Les offres de reclassement doivent être écrites et précises, RDT 2006. 315, note ss Cass. Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-45.703.

²⁴⁶ Cass. Soc. 18 janv. 2005, n° 02-46.737, BDI ; cass. Soc. 7 décembre 2005, n° 03-45.012, AB Télévision.

²⁴⁷ Cass. Soc. 22 octobre 2014, n°13-20.403

reclassement dans le groupe même lorsque ces recherches n'ont pas été fructueuses. Dans la même lignée, le 20 mars 2007, elle a admis que l'obligation de l'employeur était remplie lorsqu'il a tout mis en œuvre pour s'absoudre de cette obligation, en demandant à toutes les entreprises du groupe de lui communiquer la disponibilité, et créations de postes dans les quatre mois à venir.

216- L'interprétation large du juge de l'article L. 1233- 4 du Code du travail permet de prévenir autant que faire se peut, les licenciements dans les groupes. Le juge tient à ce que l'emploi soit maintenu, et vérifie que les recherches par l'employeur ont été effectuées de manière sérieuse. Ainsi, il est démontré que la protection de l'emploi est une obligation de moyens renforcée, lorsqu'elle s'intéresse au droit des groupes de sociétés. L'exigence de la bonne foi dans l'application de reclassement, représente donc un socle dans sa mise en œuvre. Il existe des cas où l'employeur n'en fait pas preuve dans l'application de l'obligation de reclassement.

217- Telle est le cas de l'employeur qui s'est contenté d'afficher une liste des postes à pourvoir, laissant le salarié à l'initiative d'une prise de contact avec la société mère et ne proposant aucune offre individualisée, ne s'est pas acquitté de son obligation²⁴⁸. Il en va de même lorsque l'affichage de la liste prend une autre forme : « la cour d'appel qui a relevé que l'employeur avait seulement prévu de diffuser la liste des postes disponibles au sein du groupe sur son site intranet, d'adresser une liste des salariés dont le licenciement était envisagé à toutes les succursales du groupe et de proposer les services d'un bureau de placement mais n'avait fait aucune proposition personnelle au salarié et n'avait pas procédé à un examen individuel des possibilités de son reclassement, a légalement justifié sa décision ». C'est ce que les juges de la haute juridiction décidèrent dans un arrêt Société Parametric Technology en date du 26 septembre 2006²⁴⁹.

218- Plus récemment, la Haute Cour apporta une précision à la notion de reclassement personnalisé dans un arrêt du 19 janvier 2011. En effet, elle releva que « si l'employeur est en droit de proposer un même poste à plusieurs salariés, dès lors qu'il est adapté à la situation de chacun, la cour d'appel qui a constaté que la société, qui appartenait à un groupe, avait, au titre du reclassement interne, proposé en termes identiques les postes disponibles en son sein à

²⁴⁸ Et cela, même lorsque la liste précisait le lieu des postes à pourvoir ; Soc. 12 mars 2003, Société Rochias, pourvoi n° 00-46.700.

²⁴⁹ Cass. Soc. 26 septembre 2006, Société Parametric Technology.

des salariés exerçant des fonctions et jouissant d'ancienneté différentes, et qu'elle avait également annoncé l'existence de "solutions" de reclassement dans d'autres sociétés du groupe, en se bornant à inviter les intéressés à venir consulter la liste de ces emplois, a pu en déduire que les offres de reclassement de l'employeur n'étaient pas personnalisées, justifiant ainsi légalement sa décision »²⁵⁰. L'on peut constater dans cette décision, que les juges soulevèrent également que l'employeur incitait les salariés à participer activement à leur recherche d'emploi, au moyen d'une liste exhaustive ; mais surtout, que des propositions identiques à chaque salarié n'étaient pas adaptées en l'espèce, au profil de ces derniers. Autrement dit, de telles mesures sont possibles à la condition qu'elles soient personnalisées.

219- Ces solutions corroborent les propos précédemment avancés. Autrement dit, le formalisme crée une sécurité juridique s'orientant vers une protection importante du salarié en matière de licenciement économique. L'offre doit être sérieuse, au regard du caractère suffisant du plan de sauvegarde de l'emploi²⁵¹. Ainsi, selon M. le Professeur Gérard Couturier, l'exigence d'une offre écrite et précise constitue « un prolongement de l'obligation principale²⁵² ».

220- L'obligation de reclassement est une création jurisprudentielle qui rend effective la protection attendue du salarié en danger économique. L'employeur doit alors suivre méticuleusement et rigoureusement les obligations découlant de l'exigence de reclassement. La jurisprudence créa cette obligation sur le fondement de la bonne foi, et ce principe est protecteur non seulement pour les sociétés autonomes mais aussi, pour les sociétés faisant partie d'un groupe. Il sera alors étudié dans le même esprit le principe l'obligation de reclassement adaptée dans le groupe.

²⁵⁰ Cass. Soc. 19 janvier 2011, n° 09-42.736, GEA (F.), La « promesse » d'un reclassement, RDT 2011, p.310.

²⁵¹ Même lorsqu'un plan de sauvegarde n'est pas établie, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour proposer un reclassement au salarié ; Cass. soc., 7 juillet 2004, n° 02-42.289, Air Liberté ; Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 03-40.422, Air Liberté ; Soc. 18 janv. 2005, n° 02-46.737, BDI ; Soc. 7 décembre 2005, n° 03-45.012, AB Télévision.

²⁵² Dr. soc. 2006. 1151, note Couturier *op.cit.* par WAQUET (P.), RTD 2006.315.

§2 - L'adaptation de l'obligation de reclassement au groupe

221- La question de la détermination du groupe de sociétés est nécessaire pour l'étude de l'obligation de reclassement²⁵³. La mise en œuvre de cette obligation dans une société n'appartenant pas à un groupe est limitée au périmètre de la société. Cela signifie que l'employeur devra élaborer un plan de reclassement interne. Cependant, lorsque la société appartient à un groupe, l'employeur est tenu de procéder à un reclassement. Autrement dit, l'employeur devra proposer aux salariés un reclassement vers une société du groupe, même sur les postes situés à l'étranger²⁵⁴. Bien évidemment, la question de la subsidiarité des recherches d'un reclassement au sein du groupe s'est posée, afin d'éclaircir le droit des groupes de sociétés. Cette question est d'autant plus importante dans le cadre de la prévention des licenciements dans les groupes de sociétés nationaux. En outre, l'employeur doit-il en priorité procéder à une étude approfondie des postes disponibles au sein de l'entreprise avant de l'étendre à celle du groupe ?²⁵⁵ Il apparaît que ce soit un principe d'élargissement qui s'applique (A.). Cependant, lorsqu'un accord le prévoit, l'employeur doit répondre à son engagement et ainsi satisfaire à une obligation de reclassement externe, qu'il fasse partie ou non d'un groupe. Ainsi, ce droit spécifique du groupe n'existe pas lorsqu'une obligation conventionnelle est appliquée (B).

A- L'« élargissement » légale de reclassement interne

222- L'employeur a-t-il uniquement en charge la recherche d'un emploi de reclassement au sein de son entreprise ? Le fait que chaque société du groupe soit indépendante est-il suffisant pour restreindre l'obligation de l'employeur à une telle recherche ?

223- Le principe d'élargissement impose à l'employeur de rechercher des postes disponibles dans les entreprises du groupe dont la permutabilité du personnel est possible. Même si certains auteurs rejettent cette conception de l'obligation (1), c'est ce qui a été admis par la jurisprudence et le législateur (2).

²⁵³ V. *infra* introduction

²⁵⁴ Depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015, cette obligation est conditionnée par une demande expresse du salarié. V. *infra*, Section suivante

²⁵⁵ J.E. RAY, Droit du travail, Droit Vivant, Liaisons, 20^e édition, 2014/2015, p. 341

1 – Le rejet de l’ « élargissement » au groupe

224- Pour certains auteurs et notamment M. le Professeur Bernard Teyssié, le fait d’étendre l’obligation de reclassement jusqu’au groupe auquel appartient l’entreprise est « irréaliste »²⁵⁶. En effet, selon le Professeur Teyssié, « l’obligation de reclassement destinée à assurer le maintien du salarié dans l’entreprise doit avoir pour périmètre la seule entreprise dans laquelle le licenciement est envisagé »²⁵⁷. Le professeur fonde ses propos sur trois raisons pratiques : la première est calquée sur une identification imprécise de la notion de groupe, mais aussi sur les conséquences qu’un tel élargissement engendrerait sur les « groupes en voie de constitution ». La seconde réside dans la complexité de la détermination des entreprises dont « l’activité, l’organisation ou le lieu d’exploitation leur permettent de procéder à la permutation de tout ou partie de leur personnel »²⁵⁸. Enfin la dernière raison tient au fait qu’il serait difficile pour l’entreprise de connaître la disponibilité d’un poste au sein du groupe auquel elle appartient, car, une communication rapide par toutes les sociétés du groupe, y compris celles situées à l’étranger, peut être difficilement concevable. C’est sans doute pour cette raison pratique que le législateur est intervenu avec la loi pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques du 6 août 2015 pour restreindre l’obligation de reclassement au territoire national, sauf volonté expresse du salarié de se voir proposer des offres de reclassement à l’étranger²⁵⁹.

225- Pour M. le Professeur Bernard Teyssié, l’obligation de reclassement serait plus réaliste dans « l’hypothèse où la société qui a pris la décision de procéder à des licenciements n’est qu’une pièce d’une unité économique et sociale placée sous une direction unique ». En outre, l’auteur propose une idée intéressante. L’idée d’étendre l’obligation de reclassement aux entreprises membre d’une unité économique et sociale s’emboîterait parfaitement dans ce cas.

²⁵⁶ Ce point de vue a été confirmé dans le cadre d’une entreprise en difficulté : la contribution du groupe au plan de sauvegarde de l’emploi et à l’obligation de reclassement est irréaliste et délicate en pratique selon les propos avancés par Monsieur GRANGE lors du colloque de l’Ecole de droit social de Montpellier intitulé « Entreprise en difficulté et relations de travail », le 5 juin 2015.

²⁵⁷ TEYSSIE (B.), Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique, JCP G, n°4, 24 janv. 1996, I, 3902

²⁵⁸ V. *infra*

²⁵⁹ Article L.1233-4 al 1 C. Trav : « Le licenciement pour motif économique d’un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d’adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l’intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l’entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l’entreprise fait partie ».

Et d'autant plus qu'elle se rapprocherait relativement de l'étendue de l'obligation de reclassement dans le groupe de sociétés. Selon le Professeur Teyssié, l'obligation de reclassement doit être élargie uniquement dans une société autonome, mais il semble que le législateur, mais aussi les juges tendent à élargir de manière systématique le reclassement vers une société du groupe. C'est un principe d'élargissement de l'obligation de reclassement qui est admis dans le groupe « parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

2 - L'admission de l' « élargissement » dans le groupe en fonction d'une possibilité de permutation du personnel

226- La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 prévoyait que le reclassement « peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient », qui depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances²⁶⁰ du 6 août 2015 restreint les recherches de reclassement au territoire national²⁶¹. Les juges reconnaissent sans difficulté l'obligation pour l'employeur de rechercher des offres d'emploi au sein d'une société du groupe auquel il appartient. L'employeur qui doit satisfaire à l'obligation de reclassement à l'intérieur du groupe de sociétés doit vérifier les postes dont les activités sont connexes par rapports aux activités de l'entreprise qui procède aux licenciements collectifs. Cette connexité des activités permet au juge d'apprécier la possibilité d'une permutation du personnel.

227- Ce principe d'élargissement de l'obligation de reclassement dans le groupe existe depuis l'arrêt fondateur société Phocédis en date du 25 juin 1992. En effet, la Chambre sociale constatant que le salarié avait déjà travaillé successivement dans certaines entreprises du même groupe, énonce que « la recherche des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de

²⁶⁰ Loi n°2015- 990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances

²⁶¹ Selon le nouvel article L. 1233-4 alinéa 1 modifié par l'article 290 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie. »

tout ou partie du personnel »²⁶². Il convient donc d'étudier cette formule qui peut aisément susciter quelques interrogations, notamment sur son périmètre. Dans cette espèce, le fait que le salarié ait travaillé sur plusieurs entreprises du groupe, dont les activités sont connexes, permet au juge de caractériser facilement l'existence d'une permutabilité du personnel.

228- Concernant le périmètre de ce critère, la jurisprudence n'inclut pas les entreprises sous-traitantes dans le groupe de reclassement²⁶³, ni même les entreprises qui sont en voie d'appartenir à un groupe²⁶⁴.

229- La Cour de cassation estime qu'en vertu du principe de bonne foi, l'employeur doit pouvoir proposer un poste disponible dans une autre société du groupe, lorsque ce n'est pas le cas dans la société employeur du salarié. En effet, cela a été dégagé dans un arrêt du 7 avril 2004 lorsque les Hauts magistrats décidèrent que « la cour d'appel, qui a constaté que, dans l'une des sociétés du groupe, un poste qui aurait pu être offert à M. X... avait été pourvu par un recrutement extérieur alors que le processus de licenciement était en cours, ce dont il résulte que l'employeur avait manqué à son obligation de loyauté »²⁶⁵. Le salarié qui avait précédemment refusé la modification de son contrat de travail avait été licencié sans que l'on puisse lui proposer un reclassement dans une société du groupe. Mais encore, la Chambre Sociale a décidé dans un arrêt du 13 septembre 2006 que l'employeur n'a pas satisfait à l'obligation de reclassement dès lors qu'elle n'a pas établi de recherches dans les sociétés du groupe²⁶⁶. L'employeur ne peut donc pas limiter la recherche de poste disponible dans le seul périmètre de l'entreprise.

Selon Monsieur le Professeur Ray, il existe un principe de subsidiarité qui consisterait à rechercher dans un premier temps, des offres d'emplois au sein de l'entreprise ou de l'établissement²⁶⁷, avant d'étendre la recherche à l'entreprise ou au groupe.

Pourtant, si des postes sont disponibles dans la société et dans le groupe, il paraît légitime et évident que l'employeur doit proposer tous les postes qui sont adaptés au salarié. Le principe de recherche de reclassement relève plus d'un principe d'« élargissement » de l'obligation

²⁶² Cass., Soc. 25 juin 1992, n° 90-41.244, Bull. civ. V, n° 420 ; D. 1992. 209 ; Dr. Soc. 1992, p.710

²⁶³ Cass. Soc., 23 oct.2012, 11-15.530

²⁶⁴ Cass. Soc., 1^{er} juin 2010, n°09-40.421

²⁶⁵ Cass. Soc., 7 avr. 2004, n° 01-44.191, Bulletin 2004 V N° 114 p. 103

²⁶⁶ Cass. soc., 13 septembre 2006, n° 04-43763, Sté Abel Guillemot c/ Chabert

²⁶⁷ En l'existence d'une entreprise à établissements multiples

que d'un principe de subsidiarité²⁶⁸. L'employeur peut également prévoir une obligation de reclassement externe pour prévenir les licenciements économiques par la conclusion d'une convention. Cette possibilité n'est cependant pas spécifique au groupe.

B - L' « élargissement conventionnelle » de reclassement externe non spécifique au groupe

230- La possibilité d'établir une convention de reclassement est ouverte pour les salariés d'une entreprise qu'il fasse partie ou non d'un groupe. Lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est négocié et qu'un accord entre les salariés, l'employeur et une organisation syndicale prévoit d'étendre les recherches de reclassement au-delà de l'entreprise ou le groupe, l'employeur est tenu de respecter son engagement.

231- Cette obligation de reclassement externe est possible dans une entreprise n'appartenant pas à un groupe : son existence conventionnelle implique son applicabilité obligatoire en vertu du principe de bonne foi. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation récemment²⁶⁹. Dans cette décision datant du 13 février 2013, la Chambre sociale rappelait également le principe de « loyauté dans l'exécution de l'obligation de reclassement ».

232- La même position est adoptée par le juge lorsque l'employeur fait partie d'un groupe de sociétés. En effet, dans un arrêt du 30 septembre 2013, les Hauts magistrats ont retenu un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement externe, par un organisme extérieur, engagé pour reclasser les salariés. En effet, le juge a décidé que : « d'une part, que l'obligation de proposer trois offres valables d'emplois à chaque salarié engageait l'employeur, peu important qu'il ait sollicité le concours d'un organisme extérieur, et alors, d'autre part, que le non-respect de cet engagement, qui étendait le périmètre de reclassement, constituait un manquement à l'obligation de reclassement et privait celui-ci de cause réelle et sérieuse »²⁷⁰. On remarque que le juge exige le respect des engagements pris par l'employeur, même si la mission de reclasser a été déléguée à une société extérieure à l'entreprise. A l'aune

²⁶⁸ Principe invoqué par Le Professeur J-E. Ray, in Droit du travail, Droit Vivant, Liaisons, 20^e édition, 2014 /2015, p. 341

²⁶⁹ Cass., soc., 13 févr. 2013, n°11-21.073 ; sur cette décision, v. *infra* sur la responsabilité contractuelle prononcée à l'aune du manquement à l'obligation externe : Partie II, titre II, chapitre I.

²⁷⁰ Cass., soc., 30 sept.2013, n°12-13.439, Sté BORGES-TRAMIER

de la précédente décision, le fait de faire partie d'un groupe n'a pas d'incidence sur la décision qui, dans les deux espèces, est source de protection de l'emploi. Ce qui importe, c'est que la bonne foi soit de mise dans l'exécution de la procédure de licenciement économique.

233- Cette position n'est pas étonnante, car elle est le reflet de l'article 1134 du Code civil disposant notamment que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont faites », et elles « doivent être exécutées de bonne foi »²⁷¹.

²⁷¹ Article 1134, alinéas 1 et 2 du Code civil.

Section II – Le périmètre de l’obligation étendu au groupe de sociétés transnational

234- L’article L. 1233-4-1 du Code du travail prévoit notamment que « lorsque l’entreprise ou le groupe dont l’entreprise fait partie comporte des établissements en dehors du territoire national, le salarié dont le licenciement est envisagé peut demander à l’employeur de recevoir des offres de reclassement dans ces établissements. Dans sa demande, il précise les restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. L’employeur transmet les offres correspondantes au salarié ayant manifesté son intérêt ». L’obligation pour l’employeur d’élargir ses recherches à de filiales étrangères, est conditionnée par la participation du salarié à son reclassement. Le salarié doit faire part de son intention d’être reclasser dans une filiale étrangère²⁷². Ainsi, le critère de la permutabilité du personnel dans l’application de l’obligation de reclassement est toujours de mise lorsque le groupe dispose de filiales à l’étranger selon la jurisprudence²⁷³. L’employeur a l’obligation de proposer au salarié un poste de reclassement à l’étranger lorsque le groupe est international, mais elle est conditionnée (§1), et limitée par la législation étrangère (§2).

§1 - L’obligation de proposition de reclassement à l’étranger conditionnée

235- Avant la loi du 18 mai 2010²⁷⁴ créant l’article L. 1233-4 du Code du travail, s’était posée la question de la mise en œuvre de l’obligation de reclassement lorsque le groupe est international, car cette disposition pouvait être interprétée de manière très large, à tel point qu’il représentait une faille dans la procédure de licenciement économique (A). Cette faille a été comblée par la loi du 18 mai 2010 (B).

²⁷² Cette condition a été insérée par la loi du 6 août 2015, préc.

²⁷³ Cass., soc., 7 octobre 1998, n° 96-42.812, Bulletin 1998 V N° 407 p. 307.

²⁷⁴ Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement.

A - Une faille dans la procédure de licenciement économique avant la loi du 18 mai 2010

236- L'on se demandait alors si cette obligation de proposition d'un reclassement externe, et notamment hors du territoire français est représentative d'une protection accrue de l'emploi ? Et cette question est relative à l'ancienne rédaction de l'article L. 1233-4 du Code du travail qui était très large. Rappelons que l'article L. 1233-4 alinéa 1 du Code du travail disposait avant l'adoption de la loi du 6 août 2015 que « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »²⁷⁵. L'alinéa 2 prévoyait que « les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises ». À la lecture de ces articles, l'on s'était posé diverses questions : l'employeur devait-il proposer des offres de reclassement situées à l'étranger, même si le salaire était dérisoire ? Devait-il s'abstenir de le faire, parce que les offres ne pouvaient être considérées comme sérieuses pour un salarié français ?

237- Un arrêt de la cour d'appel de Reims en date du 13 mai 2009²⁷⁶ fit grand bruit, et notamment à l'Assemblée Nationale. Dans cette affaire la Chambre sociale sanctionna la société Olympia (faisant partie d'un groupe) au versement de 2, 5 millions d'euros à quarante-sept salariés, au motif que l'employeur avait manqué à l'obligation de reclassement, en ce qu'il s'était abstenu de proposer des postes situés en Roumanie, pour un salaire de 110 euros par mois. En effet, les parlementaires ont, le 25 juin 2009 soulevé « l'absurdité »²⁷⁷ de l'article L. 1233-4 du Code du travail en citant cette solution. Nous approuvons cette position, puisque l'on pourrait considérer que cet oubli volontaire de la part de l'employeur, démontrait sa bonne foi. D'ailleurs, dans cette affaire, le comité d'entreprise avait approuvé la décision de l'employeur de ne pas proposer de telles offres. De plus, M. Philippe Folliot avait également soulevé, qu'à cette époque, des salariés de sa circonscription avaient reçu une proposition de reclassement en Inde. Le seul problème résidait évidemment dans la proposition salariale qui s'élevait à 69 euros par mois !²⁷⁸

²⁷⁵ Avant la loi du 18 mai 2010, l'article L. 1233-4-1 n'existait pas dans le Code du travail

²⁷⁶ CA Reims, soc., 13 mai 2009, n° 08/01120.

²⁷⁷ Débats AN, 25 juin 2009 : JOAN CR, 26 juin 2009, n°81, p.5646.

²⁷⁸ Débats AN, 25 juin 2009 ; *op. cit*

238- Lors de ces débats parlementaires a été évoquée la nécessité de proposer au salarié une offre d'emploi « décente », et l'article en question « devait apporter aux salariés la garantie de ne pas être considérés comme une simple variable d'ajustement de l'activité de l'entreprise lorsque celle-ci fait face à des difficultés. Nous savons pourtant que l'application de ce texte a abouti à des situations paradoxales, où la loi, censée protéger le salarié une fois appliquée, met en fait celui-ci un peu plus en difficulté encore, à un moment où il se révèle particulièrement fragile ».

239- En outre, l'application stricte de l'ancien article L. 1233-4 du Code du travail aboutissait à mettre en péril les groupes de sociétés internationaux qui s'abstenaient d'appliquer la procédure strictement, mais aussi à une absence de protection du salarié qui se voyait proposer des postes « indécents ». Si certains groupes se satisfaisaient des lacunes législatives en la matière en s'arrangeant de proposer des offres indécentes, anticipant par avance un refus du salarié, tel n'était pas le cas d'autres groupes qui se sont vus sanctionnés pour avoir omis de proposer des offres « ridicules ». La loi du 18 mai 2010 mis fin à cette insécurité juridique.

B - Une faille comblée par les lois du 18 mai 2010 et du 6 août 2015

240- La protection de l'emploi dans les groupes internationaux était défailante. L'article L.1233-4 du Code du travail devait être modifié. C'est chose faite depuis la loi du 18 mai 2010 et plus récemment par la loi du 6 août 2015. D'une part, la prise en compte de la volonté du salarié est importante puisqu'il devient actif de son reclassement à l'étranger (2), et d'autre part, le critère salarial est pris en compte dans l'appréciation d'une offre sérieuse de reclassement (1).

1 - Une rémunération équivalente

241- Désormais, l'article L. 1233-4 du Code du travail est beaucoup plus précis puisqu'une nouvelle disposition est ajoutée : l'alinéa 2 disposant que « le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent « assorti d'une rémunération équivalente ». A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure ». En outre, l'employeur doit proposer au salarié un salaire équivalent lorsqu'il recherche un poste à l'étranger. Si ce dernier ne trouve pas de poste adéquat, un poste de catégorie inférieure pourra être proposé au salarié. Dans ce cas, la modification du contrat de travail est obligatoire, et nécessite le consentement du salarié²⁷⁹.

242- Cette nouvelle disposition représente une sécurité juridique pour le salarié. De plus, l'employeur n'est plus contraint ou avantager de ce vide juridique pour proposer des offres de reclassement « inacceptables ». En effet, dans le cas où le groupe subit réellement des difficultés économiques, l'employeur d'une filiale était contraint de s'investir sérieusement à de telles recherches sous peine d'être sanctionner, alors que celui dont la société mère avait recours à des restructurations de compétitivités²⁸⁰ s'arrangeait pour s'acquitter de son obligation. Le législateur a rajouté la formulation « assorti d'une rémunération équivalente » pour mettre fin aux débats relatifs à des propositions interprétées comme saugrenus, au regard des rémunérations inférieurs au SMIC, alors que l'employeur était contraint d'appliquer strictement la loi. Désormais, la volonté du salarié est prise en compte préalablement à la recherche par l'employeur d'un poste à l'étranger.

²⁷⁹ Cf. *supra* section I de ce chapitre, et *infra* titre II, chapitre I de cette partie

²⁸⁰ Cf. partie II, titre II, chapitre I, section I « la recherche de motifs réels de licenciements par le juge »

2 - La prise en compte préalable de la volonté du salarié

Face à cette défaillance du droit du travail dans l'application de l'obligation de reclassement vers une société étrangère, la loi du 18 mai 2010 est également intervenue pour que augmenter les chances d'un maintien de l'emploi. Avant la loi du 6 août 2015, l'employeur avait l'obligation de demander au salarié s'il souhaitait être reclasser à l'étranger (a), mais depuis la loi, c'est le salarié qui est obligé d'en faire part à l'employeur s'il veut bénéficier d'un tel reclassement (b).

a) L'obligation pour l'employeur de recueillir la volonté du salarié avant la loi du 6 août 2015

243- La création de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail disposait avant la loi du 6 Août 2015 dans son alinéa premier que « lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation ». En outre, le salarié avait la possibilité d'émettre des réserves relatives à son acceptation de reclassement à l'étranger ou encore, d'accepter ou de refuser une modification sur son salaire et de refuser une ou des localisations. En ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation de reclassement lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe international, elle était possible par l'utilisation d'un questionnaire de mobilité. Un questionnaire était adressé au salarié afin qu'il puisse faire part de sa volonté d'être muté à l'étranger, et préciser (éventuellement) la destination selon le lieu des sociétés du groupe implantées à l'étranger.

244- L'on remarque que le législateur utilisait le terme « implantations ». Maître Ornano et Ismaïl soulevait à l'aune de cette ancienne disposition que la volonté de ce dernier était bien de renforcer l'efficacité de l'application de l'obligation de reclassement. Et cela parce que ce terme d'implantation « est de toute évidence plus large que celui d'entreprise et recouvre toute entité de droit ou de fait qui se situe à l'étranger : succursales, sites, établissements et plus généralement tout regroupement de salariés dès lors qu'il est suffisamment structuré en un lieu

identifiable »²⁸¹. Ces derniers précisait également que la jurisprudence, soutenant que le reclassement doit être effectué selon le critère de la permutabilité du personnel²⁸², n'est pas remise en cause²⁸³.

245- Le second alinéa de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail disposait que « le salarié manifeste son accord, assorti le cas échéant des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus ». En outre, le salarié disposait d'un délai de 6 jours à compter de la remise du questionnaire pour rendre compte de son choix. Il nous semble que ce délai était court lorsque nous savons que la prévention des licenciements fait partie des objectifs de la loi du 18 mai 2010. Son silence valait refus, contrairement à ce que prévoit le régime d'une modification du contrat de travail. En conséquence, c'était le consentement du salarié, recueilli dans ce bref délai, qui dirigeait l'orientation de la procédure. Ce bref délai, et le consentement valant acceptation dans l'obligation de reclassement à l'international ont conduit MM. Ornano et Ismaïl à se poser une question intéressante : « derrière les intentions louables affichées par le législateur, l'objectif de la loi ne serait-il pas de parier sur le silence du salarié pour dispenser, de fait, l'employeur de son obligation de reclassement à l'international ». Il nous semble que cela permettait à l'employeur de se concentrer sur des recherches individualisées. La loi du 18 mai 2010 a supprimé toute possibilité pour l'employeur de faire des recherches fictives et indécentes. Il semble que des propositions qualitatives répondant à l'exigence individualisée de la proposition favorisaient une prévention efficace des licenciements.

246- Si le salarié acceptait la proposition de reclassement à l'étranger, l'alinéa 3 prévoyait que « les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir ». Ici encore est rappelé que l'écrit est le mode de preuve en cas de litige postérieur. L'écrit doit être respecté dans la mise en œuvre d'une proposition de reclassement, et même en l'absence

²⁸¹ ORNANO (P-H), ISMAIL (N.), Le questionnaire de mobilité préalable au reclassement, JCP S 2010 n°26, 1266.

²⁸² Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-42.812; Cass. soc., 27 avr. 2000, n° 98-42.521; Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 05-46.073, *prec.*

²⁸³ Cass., soc., 4 décembre 2007, n° 05-46.073, Bulletin 2007, V, N° 204, v. *infra*

de postes vacants correspondant au profil de l'intéressé, car l'employeur devait justifier d'une absence de proposition.

247- Le législateur prend désormais en compte la volonté du préalable à toute proposition de reclassement, et ce dernier pouvait refuser toute proposition, même lorsqu'il répondait positivement au questionnaire. Il apparaît que cet ancien article permettait à l'employeur d'individualiser de manière simple les recherches, par la possibilité pour le salarié d'émettre des réserves sur son acceptation de mobilité. L'employeur disposait donc d'un nouveau moyen pour répondre de manière satisfaisante à son obligation de reclassement, puisque ce dernier est tenu de proposer des offres individualisées²⁸⁴. Le mode de preuve, certes évident, représente une protection lorsque l'on constate que l'employeur devait justifier, de bonne foi, d'une absence de proposition. Désormais, le salarié devient actif de son reclassement à l'étranger puisque c'est lui qui doit faire part de sa volonté de bénéficier de proposition de postes à l'étranger si tel est son choix.

b) L'obligation pour le salarié de faire part de sa volonté depuis la loi du 6 août 2015

248- Depuis la loi du 6 août 2015 l'article L. 1233-4-1 alinéa 1 du Code du travail dispose que « lorsque l'entreprise ou le groupe dont l'entreprise fait partie comporte des établissements en dehors du territoire national, le salarié dont le licenciement est envisagé peut demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans ces établissements. Dans sa demande, il précise les restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. L'employeur transmet les offres correspondantes au salarié ayant manifesté son intérêt. Ces offres sont écrites et précises »²⁸⁵. Ainsi, le salarié devient actif de son reclassement puisqu'il doit expressément²⁸⁶ faire part à l'employeur de sa volonté de se voir proposer des offres de reclassement à l'étranger en y

²⁸⁴ Cass., Soc., 12 mars 2003, n° 00-46.700 ; Cass., Soc., 19 janvier 2011 op.cit

²⁸⁵ Ces dispositions sont applicables aux procédures de licenciements engagés le 7 Août 2015 en application de l'article 295 de la loi du 6 août 2015.

²⁸⁶ Cependant la loi ne précise pas la mise en œuvre de cette communication. Le salarié doit-il faire une demande écrite et à quel moment ? Dispose-t-il d'un délai pour formuler ce choix, qui implique que le salarié doit prendre connaissance des établissements à l'étranger et des rémunérations proposées ? Il semble qu'un décret d'application devrait être adopté compte tenu des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 1233-4-1 du C. Trav. qui dispose que « les modalités d'application du présent article, en particulier celles relatives à l'information du salarié sur la possibilité dont il bénéficie de demander des offres de reclassement hors du territoire national, sont précisées par décret ».

incluant ses choix de localisation et de rémunération. L'employeur n'est plus tenu de demander au salarié son choix, ni de lui soumettre le questionnaire de reclassement.

249- Il semble alors qu'une étape renforçant la procéduralisation des licenciements économiques vient d'être supprimée, facilitant ainsi le recours à des pratiques douteuses de certains groupes. Seul l'avenir nous dira si cette restriction de l'obligation de reclassement est source d'une efficacité des maintiens de l'emploi permettant à l'employeur de se concentrer sur des offres sérieuses, ou a augmenté le nombre de licenciements prononcés. Compte tenu de la contrainte pour le salarié d'être maître de son avenir professionnel, espérons que cette disposition exprimera un renforcement de l'efficacité des reclassements.

§2 - Une obligation limitée par les législations étrangères

250- Comme pour l'application de l'obligation de reclassement dans un groupe national, le critère de permutabilité du personnel est pris en compte pour proposer au salarié un reclassement à l'étranger. Cependant, le salarié ne peut être reclassé dans un établissement du groupe implanté dans un pays qui interdit le recrutement de salariés étrangers.

251- Ce principe a été mis en évidence dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 décembre 2007²⁸⁷. Dans cette décision, la Chambre sociale cassait l'arrêt de la cour d'appel qui avait débouté un salarié de sa demande de dommages et intérêts, en raison d'une absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. La Cour déclarait que « les possibilités de reclassement doivent s'apprécier à la date où les licenciements sont envisagés et être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf à l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement ». La Chambre sociale ajoutait également que l'employeur doit préciser en quoi la législation étrangère s'oppose à l'embauche d'un salarié étranger. Cette décision ne surprend pas, car l'employeur doit proposer un poste de reclassement parmi les entreprises du groupe qui

²⁸⁷ Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 05-46.073, FS-P+B, Geoffroy c/ CGEA de Nancy et a.

peuvent assurer une permutation de tout ou partie du personnel dans le groupe²⁸⁸. Autrement dit, l'impossibilité de reclasser le salarié doit résider principalement dans l'incompatibilité des législations, et cette impossibilité doit être appréciée concomitamment au projet de licenciements.

252- Il résulte d'une jurisprudence constante que l'employeur doit proposer au salarié un poste même s'il est situé dans un autre Etat compte tenu des législations étrangère. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation décide que : « ayant retenu à bon droit que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi des salariés étrangers, la cour d'appel, qui a relevé que la société était intégrée à un groupe de dimension internationale se développant sur toute l'Europe et que l'employeur s'était borné à interroger succinctement et en termes généraux deux entreprises du groupe situées en France sur les possibilités de reclassement du salarié, sans qu'il soit allégué que l'organisation interne du groupe ne permettait pas d'effectuer des permutations de personnel et que le niveau hiérarchique du salarié excluait sa capacité à prendre un poste à l'étranger, a pu décider qu'il n'avait pas été satisfait à l'obligation de reclassement et que le licenciement était dépourvu de cause économique »²⁸⁹. Autrement dit, sauf législation étrangère contraire à la loi française s'opposant à l'embauche de salariés étrangers, le groupe doit proposer un emploi au salarié, ou à défaut, justifier de l'absence de proposition par des motifs suffisants. Ces motifs doivent être justifiés par une communication précise aux établissements étrangers, du profil du salarié.

²⁸⁸ V.*supra*

²⁸⁹ Cass., soc., 7 octobre 1998, n° 96-42.812, Bulletin 1998 V N° 407 p. 307.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

253- La procéduralisation est démontrée par l'existence d'une obligation de reclassement spécifique au groupe, fondée sur l'obligation de loyauté de l'employeur. Cette obligation est contraignante pour l'employeur qui doit étendre ses recherches au groupe en fonction des activités dont la permutabilité du personnel est possible. Si la loi ne précise pas la mise en œuvre de l'élargissement des recherches de poste, le juge ne rencontre aucune difficulté à vérifier l'application effective de cette obligation. A ce titre, l'employeur doit étendre ses recherches aux entreprises du groupe dont les activités sont connexes, et proposer une offre sérieuse de reclassement. L'appartenance à un groupe international oblige l'employeur à élargir ses recherches au groupe de sociétés à la condition *sine qua non* que le salarié en fasse la demande. L'élargissement des recherches dans un groupe, même international démontre que la prévention des licenciements est un objectif important, et qu'il existe un droit du licenciement économique dans les groupes. Les groupes de sociétés doivent également « anticiper » les difficultés économiques pour prévenir les licenciements économiques.

- TITRE II -

L'ANTICIPATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE

254- Outre la « procéduralisation » contribuant à la prévention des licenciements économiques, l'anticipation est un outil indispensable pour prévenir les licenciements économiques. Ainsi, la procédure de licenciement ne pourra être mise en œuvre que lorsque les mécanismes d'anticipation n'auront pas été efficaces. La loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 modifie indéniablement la procédure des grands licenciements collectifs, elle attribue désormais un rôle prioritaire à la négociation collective. L'article L. 1233-22 du Code du travail, modifié par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, dispose notamment que les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise peuvent être prévues par un accord d'entreprise, de groupe, ou de branche²⁹⁰. Cet accord prévoit que le comité d'entreprise « peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions ».

255- Cette disposition démontre que la négociation collective occupe une place importante dans le cadre de l'anticipation (chapitre I); elle est un dispositif qui se veut protecteur de l'emploi. En revanche, lorsque l'entreprise qui fait partie d'un groupe est en difficulté, l'anticipation des licenciements peut sembler difficile, c'est pourquoi il est nécessaire de s'y pencher dans le cadre d'une procédure collective (Chapitre II).

²⁹⁰ Art. L. 1233-21 C. Trav.

- CHAPITRE I -

L'ANTICIPATION PAR LA NEGOCIATION DANS LE GROUPE

256- « L'on doit admettre que le pouvoir de gestion, hier entièrement discrétionnaire, passe aujourd'hui par la négociation »²⁹¹. La négociation est un outil indispensable pour anticiper les difficultés économiques, et donc les licenciements.

257- L'anticipation des licenciements peut se faire soit par la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, soit par la négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences se distingue du plan de sauvegarde négocié. La gestion prévisionnelle intervient en amont de toute difficulté économique alors que la négociation d'un plan de sauvegarde suppose l'existence de cette situation.

258- La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est un instrument légal de négociation qui incite l'employeur à une négociation triennale. La mise en place de ce dispositif ne nécessite pas le recours à une réduction d'effectif. Selon l'article L. 2242-15 du Code du travail, créé par la loi du 14 juin 2013, et modifié par la loi du 17 août 2015 prévoit que les accords d'entreprise ou de groupe peuvent porter « sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques; sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise; sur les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée ».

259- Cette négociation doit porter sur l'élaboration d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et ses mesures d'accompagnement, sur les conditions de mobilité, sur la formation, sur les perspectives de recours aux contrats de travail, sur les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes des stratégies de l'entreprises. Cet article oblige donc les grands groupes à négocier tous les trois ans, concernant « les orientations stratégiques de l'entreprise ». La stratégie de l'entreprise fait obligatoirement référence à la prévision de l'emploi, mais cette disposition est relative aux groupes *in bonis*. Ce dispositif intervient

²⁹¹ Martinon (A.), La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, droit social, juin 2011, p.613.

principalement par la mobilité et la formation des salariés dans le cadre d'une amélioration des conditions d'exécution du contrat de travail. Cependant, il est intéressant d'étudier ce texte point par point, afin de se demander s'il est efficace avant que les difficultés économiques ne surviennent.

260- Dans un premier temps, la négociation triennale porte sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et les mesures d'accompagnement « susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ²⁹² autres que celles prévues dans le cadre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 ». Alors que l'article L. 2242-16 prévoit une négociation « sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 et L. 1233-22 ²⁹³ selon les modalités prévues à ce même article ; Sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques ; Sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise ; Sur les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée ». Il semble que la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, dans ce cas est destinée à prévoir les risques économiques se répercutant sur l'emploi en anticipant la restructuration des groupes, et par là même les licenciements.

261- Selon M. le Professeur Antonmattei, ce dispositif représente une gestion raisonnable pour les groupes de sociétés ²⁹⁴. Juridiquement l'employeur a une cause de licenciement s'il attend l'entrée de nouvelles technologies pour licencier alors qu'il disposait des informations nécessaires pour orienter le salarié vers un autre emploi. La conclusion d'accords collectifs dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences participe de

²⁹² L. n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 14-I

²⁹³ L'article L. 1233-21 dispose qu'« un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours. » : sur l'étude de cette disposition, V. *infra* Introduction

²⁹⁴ Selon M. Antonmattei, il faut que l'employeur s'intéresse à demain et ne pas attendre le risque, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences participe à cet objectif ; entretien avec M. Antonmattei du 21 septembre 2015 à la faculté de droit de Montpellier. Cet auteur expose un exemple pour étayer ces propos : Si un employeur d'une entreprise faisant partie d'un groupe de la grande distribution envisage d'introduire des caisses automatiques, il en a connaissance bien avant que ces nouvelles technologies viennent remplacer les hôtesses de caisse. Par ces accords, l'employeur peut anticiper longtemps avant les licenciements économiques. En effet, il peut réorienter le salarié vers un nouvel emploi au sein de l'entreprise.

manière effective à la prévention des licenciements économiques dans les groupes de sociétés selon cet auteur²⁹⁵.

262- Les licenciements peuvent être prévenus par le maintien de l'emploi négociée (section I), par la rupture négociée (section II), ou encore par l'incitation à la cession de l'entreprise (section III).

²⁹⁵ *V. ibidem*

Section I – L’incitation au maintien négocié de l’emploi

263- La négociation d’une conservation de l’emploi est possible par le recours à l’accord majoritaire dans le cadre d’un plan de sauvegarde de l’emploi (§1), mais aussi par les accords de maintien de l’emploi destinés à éviter la mise en place d’un plan de sauvegarde de l’emploi (§2).

§1 - L’anticipation du contenu du PSE par l’accord majoritaire

264- L’entreprise ou le groupe qui subit des difficultés économiques dispose d’une possibilité de proposer au salarié une modification du contrat de travail. Cette modification du contrat permet une flexibilité et un maintien de l’emploi.

265- L’article L 1222-6 du Code du travail dispose que « lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3²⁹⁶, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ». Selon cette disposition, l’employeur qui propose au salarié une modification justifiée par le motif économique, et qui se confronte à un refus pourra légitimement recourir au licenciement.

266- L’employeur doit prendre en compte le refus du salarié à modifier son contrat que dans le cadre du projet de licenciement en cours. Si ses propos semblent évident, le juge a dû néanmoins se prononcer sur la question. La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 2 octobre 2011 que « l'apparition de nouvelles difficultés économiques au cours de l'année suivante ne pouvait justifier le licenciement économique du salarié à raison du refus par le salarié de la proposition de modification qui lui avait été faite quatorze mois plus tôt »²⁹⁷. Le refus du salarié enclenche donc la procédure de licenciement économique avec l’application

²⁹⁶ L’article L. 1233-3 alinéa 1 dispose que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

²⁹⁷ Cass., soc., 2 octobre 2001, n° 99-43.999, *Publication* : Bulletin 2001 V N° 293 p. 235.

de l'obligation de reclassement et donc de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi si dix salariés refusent la modification. L'employeur ne peut donc anticiper un refus du salarié pour un projet de licenciement à venir.

267- Avant la loi de sécurisation de l'emploi, l'anticipation du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi pouvait être envisagée par des accords de méthode. Désormais, seul un accord majoritaire peut prévoir cette possibilité, c'est pour cela que le plan de sauvegarde peut être appréhendé comme une négociation portant sur la conservation de l'emploi.

268- L'article L. 1233-24-1 du Code du travail prévoit que le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi peut être négocié. Cette disposition prévoit que « dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements ». La loi du 14 juin 2013 créa cet article afin de réserver une place plus importante à la négociation collective. La seule restriction réside dans une liste exhaustive d'éléments indérogeables tels que l'obligation de formation, d'adaptation et de reclassement, la procédure de consultation des représentants, les mesures d'accompagnement, et la procédure relative aux procédures collectives²⁹⁸.

269- L'article 1233-24-2 du Code du travail, également créé par la loi du 14 juin 2013 prévoit notamment en cinquièmement qu'un accord majoritaire peut porter sur « les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 ». Cela signifie les obligations légales de formation, d'adaptation et de reclassement qui sont indérogeables, peuvent être négocié dans leur mise en œuvre par l'accord majoritaire. On peut déduire que ces dispositifs indérogeables sont essentiels pour parvenir à un objectif d'anticipation des licenciements. L'administration intervient tout de même pour homologuer l'accord, si le plan de sauvegarde de l'emploi lui semble sérieux²⁹⁹.

270- La conservation de l'emploi négociée peut se faire par le maintien de l'emploi équivalent (A), par l'obligation d'adaptation et de formation (B), et à privilégier à la préservation de l'emploi des seniors (C).

²⁹⁸ Article L. 1233-24-3 du Code du travail.

²⁹⁹ V. *supra* titre I de cette partie, Section II, §1, B « L'intervention active de l'administration »

A - Le maintien de l'emploi « équivalent »

271- L'article L. 1233-4 du Code du travail, modifié par la loi du 18 mai 2010³⁰⁰ dispose désormais dans son alinéa 2, que le licenciement ne peut être prononcé sans avoir proposé « un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent « assorti d'une rémunération équivalente »³⁰¹. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure ». L'article L.1233-62 du Code du travail dispose notamment que sont prévus « des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ». Elles doivent être mises en œuvre par l'employeur. En outre, le législateur incite l'employeur à anticiper les licenciements en proposant en priorité un maintien de l'emploi « équivalent » au sein de l'entreprise ou du groupe.

272- S'agissant du maintien de l'emploi dans une entreprise n'appartenant pas à un groupe, le juge a dégagé cette primauté dans un arrêt du 27 octobre 1998 lorsqu'il a décidé que : « si dans le cadre du reclassement du salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé, l'employeur est tenu de proposer à l'intéressé les emplois disponibles de catégorie inférieure, c'est à la condition qu'il n'existe pas dans l'entreprise des emplois de la même catégorie »³⁰². La Chambre sociale préconise donc, une priorité de proposition de reclassement dans un poste équivalent, et subsidiairement, une proposition de modification de contrat de catégorie inférieure. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 17 janvier 2013³⁰³.

273- Concernant l'incitation au maintien de l'emploi dans le groupe, la Cour de cassation avait jugé dans un arrêt en date du 12 mars 2003 que « le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que si un reclassement du salarié dans l'entreprise ou dans le groupe dont elle relève n'est pas possible ; que, dans le cadre de cette action de reclassement, il appartient à l'employeur de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement au sein du

³⁰⁰ L. n°2010-499, 18 mai 2010.

³⁰¹ V. *infra* chapitre II, section II §1, B de cette thèse.

³⁰² Cass., soc., 27 octobre 1998, n° 96-42.843.

³⁰³ Un arrêt du 17 janvier 2013 rappelle que l'employeur qui ne peut proposer au salarié un emploi de la même catégorie, il peut lui proposer un emploi de catégorie inférieur soumis à l'accord du salarié, RJS 3/13, n°197.

groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé des emplois de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification de contrat de travail, en assurant au besoin l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ». Cet arrêt a été rendu dans un contexte de contrôle de l'application de l'obligation de reclassement dans un groupe de sociétés. Il a été décidé que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement parce que la voie d'affichage à disposition des salariés, les invitant à prendre l'initiative de leur reclassement auprès de la société mère, ne répondait pas à l'obligation d'individualiser les offres; mais ce qui nous intéresse, relativement à l'anticipation par le maintien de l'emploi, réside dans le fait que cette modification peut s'effectuer avec le recours à l'adaptation et la formation. Cela signifie, que l'employeur doit s'assurer qu'il n'existe pas un poste similaire à celui qu'occupe le salarié dans l'entreprise ou dans les filiales du groupe dont la permutation du personnel est possible³⁰⁴.

274- Ainsi, l'employeur est tenu à une obligation de moyens pour la recherche de poste équivalent. Le législateur a instauré l'obligation d'adaptation et de formation pour pallier l'absence de postes similaires dans l'entreprise ou le groupe.

B - L'obligation d'adaptation et de formation

275- Lorsqu'est introduit de nouvelles technologies dans l'entreprise, l'employeur en a connaissance dans un délai qui est nécessairement suffisant. Si aucun emploi équivalent n'est disponible au sein de l'entreprise, l'employeur dispose de temps pour anticiper l'entrée des nouvelles technologies et proposer un poste différent au salarié. Pour ce faire, le législateur oblige l'employeur à adapter les salariés à l'évolution de leur emploi par le biais d'une formation.

³⁰⁴ V. *supra* « l'obligation de reclassement spécifique au groupe », chapitre II, titre I de cette partie

276- L'article L. 6313-1 du Code du travail prévoit que les actions de formation sont notamment des actions d'adaptation et de développement des compétences des salariés, et des actions de prévention³⁰⁵. L'article L. 6313-3 du Code du travail dispose que « les actions d'adaptation et de développement des compétences des salariés ont pour objet de favoriser leur adaptation au poste de travail, à l'évolution des emplois, ainsi que leur maintien dans l'emploi, et de participer au développement de leurs compétences ». Cette disposition incite donc l'employeur à s'orienter vers une prévisibilité avant tout projet de réduction d'effectifs, pouvant rapidement engendrer des licenciements économiques. Ces actions préventives permettent de former les salariés en amont de toute apparition de modification du poste de travail. L'article L. 6313-5 dispose que « les actions de prévention ont pour objet de réduire, pour les salariés dont l'emploi est menacé, les risques résultant d'une qualification inadaptée à l'évolution des techniques et des structures des entreprises, en les préparant à une mutation d'activité, soit dans le cadre, soit en dehors de leur entreprise³⁰⁶ ». Cet article a pour but, d'anticiper l'apparition de nouvelles technologies et d'adapter les emplois exigeant l'acquisition de nouvelles compétences.

277- L'arrêt fondateur du 25 février 1992³⁰⁷, expose qu'en application du principe de bonne foi, l'employeur doit anticiper le maintien des emplois par l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois³⁰⁸. En effet, l'employeur pourrait par la suite proposer au salarié d'être formé sur un nouveau poste pour être reclassé en interne au lieu et place d'un licenciement. L'employeur doit veiller à ce que les intérêts des salariés dont la réinsertion sur le marché du travail est la plus difficile, soit préservés. Le législateur souhaite que l'emploi des seniors soit particulièrement protégé.

³⁰⁵ Article L. 6313-1, 2°, 4° ; l'article L. 2323-14 du Code du travail va dans le sens de la prévention puisqu'il prévoit que l'employeur qui envisage des mutations technologiques doit prévoir un plan d'adaptation.

³⁰⁶ Les actions de formation peuvent inciter le salarié à la modification du contrat par la mobilité afin de préserver son emploi. Cf. *supra* §2 « les accords de maintien de l'emploi destinés à éviter un PSE. »

³⁰⁷ Bull. civ. V, n° 122; D. 1992. Somm. 294, obs. A. Lyon-Caen

³⁰⁸ L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existait une possibilité de reclassement, note ss Cass. Soc 25 févr. 1992, n° 89-41.634, LYON-CAEN (A.), Recueil Dalloz 1992 p. 294.

C - La préservation de l'emploi des seniors

277- L'alinéa 2 de l'article L. 1233-61 du Code du travail dispose que le plan d'adaptation « intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile ». Cette disposition a pour objet d'anticiper au mieux le reclassement des seniors d'une part, et les salariés moins qualifiés d'autre part. Il est nécessaire de prioriser les salariés ayant un tel profil, pour qui la réinsertion se révèle très difficile. De plus, la conjoncture du marché du travail n'est plus au beau fixe³⁰⁹. De ce fait, le reclassement des personnes dont « la réinsertion professionnelle est particulièrement difficile », nous incite à penser que le législateur souhaite guider l'employeur dans une recherche de postes orientée en priorité au bénéfice de ces salariés.

Désormais, le plan de sauvegarde de l'emploi peut se faire par accord majoritaire. L'employeur peut cependant choisir la voie contractuelle, notamment en concluant des accords de maintien de l'emploi, qui sont destinés à éviter un plan de sauvegarde de l'emploi.

§2 - Les accords de maintien de l'emploi destiné à éviter un PSE

278- Avant la loi du 14 juin 2013 existait déjà une incitation législative à la négociation collective³¹⁰, pour le maintien de l'emploi, dans le cadre de licenciements collectifs. En effet, la loi du 3 janvier 2003 « portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques »³¹¹, dispositif expérimental à l'époque, autorisait les parties à élaborer une négociation dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi. Mais ce nouveau

³⁰⁹ Courbe du chômage augmente encore du dernier trimestre de l'année 2013, et nous constatons qu'elle n'a pas cessé d'augmenter depuis ces dix dernières années, www.insee.fr.

³¹⁰ L'ancien article L.320-3 du Code du travail prévoyait notamment cette incitation ; NADAL (S.) Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail, Dr. Ouvr. 2005, 303.

³¹¹ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.

dispositif, inspiré semble-t-il du modèle allemand, a pour but d'éviter d'enclencher la procédure de licenciements collectifs.

279- L'Allemagne a résisté à la crise de manière surprenante, et cela grâce à de nombreux accords sur l'emploi. Il réside néanmoins une différence notable, dans le fait que les syndicats et les organisations patronales négocient ces accords. En effet, l'article 9-3 de la Loi fondamentale, dispose que « le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions ». Cette disposition fait état d'une indépendance des partenaires sociaux pour négocier des accords collectifs en matière d'emploi, sans l'intervention active de l'Etat. Il faut également noter que le conseil d'établissement dispose d'un droit de codétermination sur trois domaines en vertu de la loi du 15 janvier 1972 : « affaires sociales, questions de personnel et affaires économiques ». Il peut donc moduler la durée du travail sur une période déterminée, notamment en période de difficultés économiques pour l'entreprise.

280- Les conventions d'établissements conclues en Allemagne sont équivalentes aux accords collectifs Français. Ces conventions priment sur le contrat de travail des salariés concernés, car la loi allemande les qualifie de normes juridiques. Autrement dit, elles ont un effet normatif sur les contrats de travail³¹². L'article premier de la loi allemande prévoit notamment que ces accords peuvent être négociés en vue de parvenir à des dénouements sur des questions relatives à l'organisation et à la gestion de l'entreprise.

281- L'article L. 5125-1, I du Code du travail français dispose notamment qu' « en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération ». En outre, un accord d'entreprise peut anticiper la survenance de difficultés économiques au sein de l'entreprise ou du groupe, l'employeur peut conclure avec chaque salarié un accord prévoyant

³¹² REMY (P.), Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ?, Revue de droit du travail 2012 p. 133. Cependant, l'effet normatif se limite aux seuls salariés syndiqués. La loi TVG sur les conventions collectives prévoit tout de même que « les normes de la convention collective qui réglementent les questions dites de « l'établissement » et de la « constitution de l'établissement » s'imposent à tous les salariés, syndiqués ou non, à la seule condition que l'employeur soit lié à la convention (§3 II TVG) ».

le maintien de l'emploi. Pour ce faire l'employeur s'engage pour une durée maximale de 5 ans³¹³ à conserver l'emploi du salarié en échange d'un aménagement des conditions de travail accepté par ce dernier.

282- Pour être valable, l'accord doit être signé par « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ». Il convient de souligner que ces dispositions dérogent à l'article L. 2232-12 du Code du travail, prévoyant seulement au moins 30 % des suffrages. La validité de cet accord est donc soumise à « une exigence vraiment majoritaire »³¹⁴ selon l'expression du Professeur Gérard Couturier, et cela témoigne d'une nécessaire légitimité des signataires.

283- Cet accord prime par rapport au contrat de travail, et le salarié qui n'accepte pas cette application prioritaire risque d'être licencié pour motif économique en application de l'article L. 5125-2 du Code du travail. Cette primauté est caractérisée par la suspension des clauses du contrat contraires à l'accord, mais aussi par l'existence d'une clause pénale s'appliquant si l'employeur n'a pas respecté l'accord³¹⁵.

284- Ces accords ont pour but la préservation de l'emploi. Selon le Professeur Gérard Couturier, ce dispositif doit être mis en œuvre « à chaud »³¹⁶, c'est-à-dire concomitamment au développement de difficultés économiques menaçant la santé de l'entreprise. En cas de changement dans la situation économique, le tribunal de grande instance statuant en référé peut suspendre l'accord, à la demande d'un signataire³¹⁷.

285- L'accord peut donc prévoir un changement des conditions de travail par rapport à celles insérées dans le contrat de travail. Il peut organiser le recours à l'activité partielle (A), mais aussi à la mobilité (B).

³¹³ L'art. L. 5125-1, III dispose que : « la durée de l'accord ne peut excéder cinq ans. Pendant sa durée, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. Un bilan de son application est effectué par les signataires de l'accord deux ans après son entrée en vigueur ».

³¹⁴ COUTURIER (G.), Accord de maintien de l'emploi, Dr. Soc. N°10, octobre 2013, p.817.

³¹⁵ Article L. 5125-2 C. Trav.

³¹⁶ COUTURIER, Accord de maintien de l'emploi, Dr. Soc. N°10, octobre 2013, p.805.

³¹⁷ Article L. 5125-5 C. Trav.

A - L'activité partielle empêchant ou retardant le licenciement économique

286- Avant la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, ce dispositif était appelé chômage partiel et avait connu une multitude de réformes³¹⁸. Il se nomme désormais activité partielle. L'activité partielle peut être compatible soit avec un plan de sauvegarde de l'emploi, soit avec une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. L'article L. 5122-1 du Code du travail prévoit le régime de l'activité partielle, et dispose que « les salariés sont placés en position d'activité partielle, après autorisation expresse ou implicite de l'autorité administrative, s'ils subissent une perte de rémunération imputable : soit à la fermeture temporaire de leur établissement ou partie d'établissement ; soit à la réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement en deçà de la durée légale de travail ». En outre, l'employeur qui rencontre des difficultés conjoncturelles ou structurelles, peut recourir, sous réserve de l'accord de l'administration, à ce dispositif. En application de cet article, les salariés peuvent donc être basculés en activité partielle en contrepartie d'une indemnité horaire de l'employeur, lui-même aidé par l'Etat et pôle emploi³¹⁹. Le contrat de travail est alors suspendu durant la période d'activité partielle.

287- Le chômage partiel a représenté un outil indispensable en Allemagne au cours des années 2008 et 2009, notamment pour traverser la période de crise³²⁰. Le chômage partiel en Allemagne est un dispositif qui ne peut être mis en œuvre dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur, comme c'est le cas en France, après acceptation de l'administration. La raison principale justifiant l'absence d'habilitation de l'employeur en matière de chômage partiel réside dans le fait que ce dispositif suppose une modification du temps de travail et de rémunération. En Allemagne, le recours au chômage partiel par l'employeur suppose l'accord du conseil d'établissement d'une part, et un accord individuel³²¹ ou collectif d'autre part. Un accord collectif peut donc prévoir dans un certain délai, le recours par l'employeur à ce procédé. En outre, ce dispositif permet de baisser le temps de travail et la rémunération du

³¹⁸ WILLMANN (C.), Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible, Droit social 2013 p. 57.

³¹⁹ Article L. 5122-1, II, du Code du travail.

³²⁰ NADALET (S.), REMY (P.), regards: le chômage partiel, RDT 2009.604

³²¹ Par exemple, le recours à ce dispositif peut apparaître dans le contrat de travail, mais cela est très rare en pratique, car il faudrait qu'elle soit vraiment encadrée « économiquement parlant » pour être licite.

salarié, et opter pour le chômage partiel peut même se faire à l'initiative du conseil d'établissement, en vertu de son droit de codétermination.

288- Même si la France encadre strictement le recours à ce procédé, il n'en reste pas moins que les mécanismes d'anticipation favorisent le maintien de l'emploi, sachant que le groupe peut facilement opter pour ce dispositif. L'employeur dispose d'un outil lui permettant de ne pas porter atteinte à la pérennité de l'emploi, tout en traversant des difficultés ou en recourant à des restructurations nécessaires à la sauvegarde des entreprises. En outre, il peut éviter de licencier si les difficultés rencontrées ne sont que provisoires, mais il convient de garder à l'esprit que ce dispositif peut parfois représenter un mécanisme « à retardement », dans le cas où l'entreprise ne se relèverait pas.

289- Dans la meilleure hypothèse, l'activité partielle peut anticiper de manière effective la perte d'emploi. Ces dispositions permettent donc d'éviter autant que faire se peut les licenciements économiques, et sont tout à fait applicables au groupe de sociétés. Ces propos peuvent être transposables au recours à la mobilité négociée par l'employeur.

B – Le maintien de l'emploi par la mobilité négociée

290- Les clauses issues d'un accord ou convention collective prime sur le contrat de travail, sauf disposition plus favorable au salarié. En vertu de l'article L. 2242-23 du Code de travail, l'accord de mobilité prime sur le contrat de travail, à tel point que les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues. Le législateur incite l'employeur à conclure des accords de mobilité interne (1) car il représenterait un moyen pour le salarié de préserver son emploi, et un moyen pour l'employeur de renoncer à licencier. Ainsi, le prêt de main d'œuvre soumis à l'accord du salarié (2) va dans ce sens.

1 - L'incitation législative à la mobilité interne

291- Avant la loi de sécurisation de l'emploi du 13 juin 2014, figurait un alinéa 3 dans l'article L. 1233-22 du Code du travail, qui a été abrogé par la loi. Il disposait que « l'accord peut organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe ». Désormais, les conditions d'une mobilité interne figurent à l'article L. 2242-21 et suivants du Code du travail. L'employeur peut donc recourir à la négociation triennale (gestion prévisionnelle des emplois et compétences), dans le cadre de son pouvoir de gestion et sans justification de projet de licenciements économiques. En effet, l'alinéa de l'article L. 2242-21 du Code dispose notamment que « l'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ». Cette négociation intervient donc dans le cadre d'une anticipation renforcée puisque l'employeur est incité par le biais de la négociation triennale, à préparer un plan de mobilité.

292- Des limites sont cependant prévues à l'article L. 2242-22 du Code du travail puisqu'il dispose tout d'abord que « les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L. 1121-1 ». Autrement dit, l'importance de la zone géographique est de taille, puisque c'est elle qui va déterminer la validité de la clause de mobilité. Il résulte d'une jurisprudence constante de la Chambre sociale que l'employeur doit préciser dans le contrat de travail les contours de la zone géographique pour être valable³²². Une seconde limite englobe celle-ci : le respect de la vie personnelle et familiale du salarié. En vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail, l'accord de mobilité doit être justifié et proportionné par rapport à l'intérêt de l'entreprise. C'est dans cet esprit que l'article précité prévoit une conciliation entre vie familiale et professionnelle, la prise en compte de situations particulières liées au handicap et à la santé. Toujours dans cette volonté de proportionnalité, le législateur prévoit que l'accord contienne également les

³²² Cass. soc., 7 juin 2006 : JurisData n° 2006-034030 ; Bull. civ. 2006, V, n° 209 ; Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-42.352. La jurisprudence est certes relative à la validité d'une clause insérée dans un contrat de travail, mais nous décidons d'aborder ici l'idée d'une transposition de ces solutions à ces accords de mobilité. Le juge contrôle de plus en plus l'existence d'un abus dans le cadre de la validité de la clause géographique, et il existe selon le Professeur Loiseau « une police des clauses de mobilité » : Loiseau, La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité, JCP S, n° 3, 13 Janvier 2009, 1013.

mesures d'accompagnement telles que les actions de formation dans un premier temps. Ainsi, les actions de formation peuvent contribuer à inciter le salarié à la mobilité afin de préserver son emploi³²³.

293- Dans un second temps, le troisièmement de l'article L. 2242-22 du Code du travail prévoit que l'employeur peut participer à cette mobilité géographique grâce à « compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport ». L'alinéa second renforce cette incitation à la mobilité lorsqu'il prévoit que l'accord ne doit pas avoir pour effet de baisser la rémunération ou la classification du salarié.

294- L'employeur qui envisage de mettre en œuvre l'accord de mobilité doit tout de même recueillir le consentement du salarié dans la mesure où le changement du lieu de travail implique une modification du contrat de travail. Cependant l'alinéa 3 de l'article L. 2242-23 du Code de travail dispose qu'avant de proposer au salarié d'appliquer l'accord, « une phase de concertation permet à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés ». Cela peut en outre donner un ordre d'idée à l'employeur qui peut, en fonction des situations personnelles de chacun cibler les salariés qui seraient disposés à accepter une modification du contrat de travail. La loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi facilite le licenciement économique des salariés, puisque que le dernier alinéa de cette disposition légalise le licenciement économique individuel, en cas de refus d'une modification de l'accord.

295- Les accords de mobilité dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois peuvent être un moyen pour le salarié de maintenir son emploi à la condition que ce dernier accepte. Le législateur a tenu à ce que la mobilité négociée prenne une place importante puisque nous constatons que les dispositions relatives à ces accords représentent une incitation législative. En effet, il ne peut être porté de modification sur la rémunération ou la classification personnelle du salarié qui accepte une mobilité, et sur les moyens comme la prise en charge des frais engendrés par un tel changement de situation par l'employeur. De plus, ces accords sont un moyen pour l'employeur d'éviter les licenciements économiques. Cela peut se révéler d'une particulière efficacité lorsqu'ils sont conclus par des groupes de sociétés. En effet, certains ont souvent recours à des restructurations, et la négociation de mutation (soumise à acceptation), permettrait d'éluder les licenciements et d'éviter la mise en cessation de paiement engendrée par la société mère. La loi de sécurisation oriente donc la mobilité vers

³²³ cf. *supra* §1 « L'anticipation du contenu du PSE par l'accord majoritaire ».

« une logique circulatoire » selon Messieurs les Professeurs Martinon et Loiseau. Ces auteurs affirment qu' « afin de minimiser les emplois vacants et les chômeurs, il est privilégié une meilleure circulation des salariés sur le marché du travail »³²⁴. Mais aussi, que les accords de maintien de l'emploi dans le cadre d'une mobilité sont un outil en faveur de la réduction des coûts à la charge de l'entreprise, du moins temporairement, puisque l'accord ne perdure pas indéfiniment³²⁵. La réduction des coûts participe donc à l'abaissement des difficultés économiques, le temps que la société retrouve une pérennité. En outre, la circulation des salariés, est une mesure en faveur de l'emploi, que l'on soit en présence ou non d'un projet de réduction des effectifs. Le consentement du salarié pour participer à cette « circulation » est également requis lorsque le groupe souhaite prêter ses salariés.

2 - L'incitation législative à la mise à disposition du salarié intra-groupe

296- La mise à disposition des salariés dans les groupes de sociétés peut être un moyen d'éviter les licenciements économiques ou la mise en activité partielle. La logique de circulation des travailleurs dégagée par les Professeurs Martinon et Loiseau peut se révéler efficace dans un groupe de sociétés. En effet, c'est ce qu'a été précisé dans l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009, portant « sur la gestion sociale des conséquences sociales de la crise économique sur l'emploi ». Le titre III de l'accord prévoit que « les mobilités géographiques et professionnelles au sein d'une même entreprise ou d'un même groupe constituent pour les salariés un élément fort de la sécurisation de leurs parcours professionnels et de la protection de leur emploi ». Cela peut être corroboré par le fait que la crise économique nécessite une meilleure anticipation de cette protection. L'article 11 de l'accord national interprofessionnel de janvier 2013 dispose que « lorsque le prêt de main d'œuvre conduit à la modification de l'un des éléments du contrat de travail, ou si sa durée est supérieure à 8 mois, il est soumis à l'accord exprès et préalable du salarié. Dans ce cas, le refus par le salarié du prêt de main d'œuvre, ne constitue pas une cause de sanction ou de licenciement³²⁶ ».

³²⁴ LOISEAU (G.), MARTINON (A.), La loi de sécurisation de l'emploi, cahiers sociaux n°254, juillet 2013, p.284.

³²⁵ En effet, il ne peut excéder 2 années.

³²⁶ Voir *supra* la cause réelle et sérieuse du licenciement, partie II titre I chapitre I

297- Si le salarié accepte d'être mis à disposition d'une filiale étrangère, l'employeur s'engage à ce qu'il soit rapatrié si des difficultés économiques menaceraient la pérennité de son emploi. La mise à disposition des salariés dans un groupe de sociétés représenterait donc « une mise en sommeil du contrat de travail »³²⁷.

298- Outre la possibilité de négocier un maintien de l'emploi, l'employeur peut négocier une rupture du contrat de travail, afin d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements dans l'entreprise ou le groupe.

³²⁷ Chatard (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Lexis Nexis, 2013, p.33

Section II - L'incitation à la rupture négociée du contrat

299- La négociation dans le cadre d'une suppression d'emplois peut être une alternative aux licenciements économiques. Certes, l'anticipation des licenciements par la rupture négociée ne favorise pas la protection de l'emploi, mais il n'en reste pas moins que des avantages peuvent être soulevés. Les accords de rupture peuvent ouvrir la disponibilité de postes facilitant le reclassement de certains salariés prioritaires³²⁸. Ils peuvent permettre également à certains salariés de se reconverter, et d'envisager de nouveaux projets professionnels.

300- L'employeur peut supprimer des postes dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (§1). Il pourra également recourir à des ruptures conventionnelles (§2).

§1 - L'anticipation par le plan de départs volontaires dans le cadre d'un PSE ou GPEC

301- L'employeur peut, dans le cadre d'une réduction des effectifs, recourir à des plans de départs volontaires. L'article L. 1233-3 du Code du travail prévoit que les motifs économiques énoncés au 1^{er} alinéa « sont applicables à toute rupture du contrat de travail ». Le législateur n'a donc pas prévu d'article spécifique aux plans de départs volontaires, ce mode de rupture est englobé par cette disposition, car sa formulation est large. On peut donc déduire que le plan de départs volontaires est attaché au régime du licenciement économique à la lumière de cette disposition. Cependant, nous pouvons légitimement nous demander si ce mode de rupture est une alternative au licenciement économique, alors que le salarié consent à la rupture de son contrat de travail. Mais encore, le plan de sauvegarde ou la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences peut influencer notre raisonnement. La jurisprudence est donc intervenue au fil des années pour lui définir un régime propre.

³²⁸ les seniors et les salariés moins qualifiés, v. *supra*

302- Dans un premier temps, il convient d'étudier son régime dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, afin de réfléchir à la qualification du régime alternatif de ce mode de rupture. Alors que le juge avait auparavant décidé que le recours à ce mode de rupture pour motif économique ne dispensait pas l'employeur de son obligation d'établir un plan de reclassement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi³²⁹, ce n'est plus le cas aujourd'hui. La Cour de cassation avait une position constante et déclarait notamment que « l'employeur qui envisage de supprimer de nombreux emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 (L. 1233-1 nouveau) et suivants du Code du travail, peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie des départs volontaires dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise »³³⁰. Dans cette décision, le juge dégage l'importance de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, qui est d'ordre public, malgré l'existence d'accords de rupture. En outre, ce mode de rupture n'était pas considéré comme une alternative au licenciement économique, et intervenait dans leur anticipation.

303- La position de la Chambre sociale est différente aujourd'hui puisque depuis un arrêt Renault du 26 octobre 2010, elle a jugé que : « si l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable est tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions prévues par l'article L. 1233-61 du Code du travail sont remplies, un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois »³³¹. Ainsi, la Cour estime que le recours aux départs volontaires peut amoindrir le plan de sauvegarde de l'emploi. Mais cette décision démontre surtout, que lorsque ce recours atteint le nombre nécessaire d'accords, pour éluder tout licenciement, la raison d'être du plan de reclassement n'est plus. Il n'est donc pas nécessaire d'établir un plan de reclassement relativement aux salariés ayant accepté cet accord de rupture. Cependant, le plan de sauvegarde reste obligatoire dans la mesure où le recours aux plans de départs volontaires a une cause économique, et son contenu sera essentiellement relatif aux mesures d'accompagnement. M. le professeur Loiseau considère que la Chambre sociale a rendu « une

³²⁹ Art. L. 1233-61 C. Trav.

³³⁰ Cass. soc., 22 févr. 1995, n° 92-11.566 : JurisData n° 1995-00318 ; Bull. civ. 1995, V, n° 68; Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-40.702 : JurisData n° 2004-023552.

³³¹ Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-15.187

décision de bon sens » et souligne que la Cour tient à distinguer les modes de rupture, du licenciement, et que « si la loi soumet en principe toute rupture du contrat de travail pour motif économique au régime du licenciement économique, ce régime ne peut et ne doit recevoir en pratique application que dans la mesure de sa compatibilité avec la spécificité de la rupture amiable »³³². Autrement dit, le régime de ce mode dépendra du cas d'espèce.

304- Cette jurisprudence sous-entend *a fortiori* que le recours à de tels accords, impliquant également celui de licenciements économiques, oblige l'employeur à établir un plan reclassement. C'est ce qu'a précisé la Cour de cassation dans un récent arrêt « Completel » en date du 25 janvier 2012. Dans cette décision, la Chambre sociale rappelle le principe selon lequel, un plan de reclassement n'est pas nécessaire, lorsque le plan de départ volontaire exclut tout licenciement, mais qu'« il en va autrement lorsque le projet de réduction d'effectifs de l'employeur implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires (...), le maintien de ces salariés dans l'entreprise supposant nécessairement en ce cas un reclassement dans un autre emploi, un plan de reclassement interne doit alors être intégré au plan de sauvegarde de l'emploi »³³³. Autrement dit, les deux modes peuvent être combinés pour éviter autant que faire se peut, de licencier pour motif économique mais l'employeur n'est tenu à l'établissement d'un plan de reclassement que lorsque le recours au plan de départs volontaires ne suffit pas à renoncer au licenciement. Alors que le plan de départs volontaires n'est pas exclu de la procédure de licenciement, il n'est pas aussi simple de transposer cette possibilité avec le recours à la rupture conventionnelle.

§2 – L'absence d'anticipation par le recours à la rupture conventionnelle

305- L'article 1237-11 prévoit que la rupture conventionnelle est exclusive de tout licenciement, elle a donc un régime propre et autonome. Le recours à la rupture conventionnelle est donc écarté, s'il intervient dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi (A), mais l'employeur peut valablement s'en servir à condition de ne pas en abuser (B).

³³² LOISEAU (G.), Les départs volontaires : des plans sans reclassement, JCP S, n° 46, 16 Novembre 2010, 1483.

³³³ Cass., soc. 25 janv. 2012, n° 10-23.516.

A - L'incompatibilité du recours avec une GPEC ou un PSE

306- L'article L.1237-16 du Code du travail prévoit que le régime de la rupture conventionnelle « n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant : des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les conditions définies par l'article L. 2242-15 ; des plans de sauvegarde de l'emploi dans les conditions définies par l'article L. 1233-61 ». L'on peut combiner cet article avec L. 1237-11 qui exclut la rupture conventionnelle du licenciement, pour déduire que la rupture conventionnelle est une alternative au licenciement. Exclure sur le champ la rupture conventionnelle de la procédure de licenciement reviendrait à renoncer aux mesures protectrices du licenciement, telles que plan de sauvegarde, ou la consultation des représentants du personnel. Il semble que le législateur souhaite éviter un détournement de la procédure de licenciement par ce recours.

307- Mais la jurisprudence est venue récemment apporter une précision sur l'incompatibilité de ce recours avec un plan de sauvegarde de l'emploi dans un arrêt du 29 octobre 2013³³⁴. En effet, elle décida au visa de l'article L. 1233-26 du Code du travail, disposant que « lorsqu'une entreprise ou un établissement assujetti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions du présent chapitre », que l'homologation des ruptures conventionnelles entraînant la rupture du contrat par l'administration est une condition de la prise en compte de ces conventions pour que ledit article soit appliqué. Dans ce cas précis, ce mode de rupture n'est pas exclu de la procédure de licenciement, il n'en demeure pas moins que le principe reste l'incompatibilité selon le législateur, et cela pour éviter les abus dans le cadre de ce recours.

³³⁴ Cass., soc. 29 oct. 2013, Soc. 29 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-15.382 ; FRAISSE (W.), Rupture conventionnelle du contrat de travail et plan de sauvegarde de l'emploi, Soc. 29 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-15.382, et Soc. 29 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-22.303, Dalloz actualité 28 novembre 2013.

B - Un recours conditionné par l'absence d'abus

308- L'employeur qui souhaite réduire ses effectifs pour des raisons économiques, peut donc recourir à des ruptures conventionnelles. Mais ce recours est conditionné. L'instruction³³⁵ DGT du 28 mars 2008 précise que « la rupture conventionnelle ne doit pas conduire à contourner les règles du licenciement collectif pour motif économique » et que « la rupture conventionnelle ne peut être utilisée comme un moyen de contourner les règles du licenciement économique collectif et donc de priver, de ce fait, les salariés des garanties attachées aux accords de GPEC et aux PSE ».

309- L'article L. 1233-3 alinéa 2 du Code du travail dispose que « les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ». En outre, le législateur exclut la rupture conventionnelle de la procédure de licenciement économique. Cette mesure n'est pas, à notre sens, protectrice de l'emploi et n'est pas orientée vers l'anticipation des licenciements économiques. Le recours à ce dispositif serait plus exactement dirigé vers un détournement de la procédure, pour servir l'intérêt de l'employeur. Et cela peut être corroboré par le fait qu'une négociation n'est pas possible, puisque la rupture conventionnelle est exclue explicitement de la procédure de licenciement économique.

310- Par ailleurs, l'instruction précédemment citée, prévoit que « le contournement peut être caractérisée par le recours massif à la rupture conventionnelle dans une entreprise ou un groupe confronté à un contexte économique difficile qui serait susceptible, à court terme, de conduire à la mise en œuvre d'un PSE ». Le législateur ne souhaite donc pas que l'employeur se serve de la rupture conventionnelle pour s'affranchir de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. Ce mode de rupture n'est pas orienté vers une anticipation des licenciements. Il est simplement un moyen alternatif au licenciement.

311- Pour anticiper les licenciements économiques, le législateur incite les employeurs à céder les entreprises pour maintenir les emplois.

³³⁵ Instruction DGT n° 2010-02 du 23 mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Section III - L'incitation législative à la cession de l'entreprise

312- Le maintien de l'emploi pourrait se faire par la reprise de l'entreprise³³⁶ en amont ou en aval de l'application du projet de licenciement. Cette nouvelle disposition participe également au retour à l'emploi des salariés licenciés. En effet, elle incite l'employeur à céder l'entreprise dans le cadre d'un projet de licenciement. Ce retour à l'emploi pourrait s'effectuer dans le cadre d'une reprise postérieurement à la notification du licenciement³³⁷.

313- Le législateur souhaite que l'anticipation des licenciements soit négociée dans le cadre d'une cession de l'entreprise. En effet, en amont d'une cession, vente ou fusion de l'entreprise, une négociation préalable est toujours pratiquée. Il sera traité de ces dispositions dans le cadre d'une cession d'entreprise possible pour anticiper ou éviter la fermeture d'un site. Une analyse de la réalité des groupes de sociétés interviendra ultérieurement dans le cadre d'une procédure collective³³⁸.

314- Le législateur souhaite inciter les entreprises à la cession car elle entraîne le transfert des contrats de travail, permettant au salarié de maintenir son emploi (§1) en amont de la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique, ou de retrouver son emploi par le transfert de la priorité de réembauchage lorsque le licenciement est notifié (§2).

³³⁶ V. également *infra* chapitre suivant « L'anticipation dans le cadre d'une procédure collective »

³³⁷ V. *infra*

³³⁸ V. *infra* chapitre suivant « L'anticipation dans le cadre d'une procédure collective »

§1 - L'incitation d'un maintien de l'emploi par un transfert du contrat de travail

315- L'article L. 1224- 1 du Code du travail dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». En outre, le législateur incite les entreprises, qu'elles appartiennent à un groupe ou non, à céder l'entreprise afin d'éviter les licenciements économiques, car la succession, vente ou fusion emporte le transfert des contrats de travail en cours d'exécution. Cette possibilité peut alors être envisagée en amont de l'apparition de difficultés économiques. En effet, l'employeur peut projeter de céder l'entreprise avant de licencier. De plus, l'obligation de recherche d'un repreneur instituée par la loi du 14 juin 2013 participe à cette incitation. L'employeur qui craint la survenance d'un projet de licenciement collectif engendrant la fermeture d'un site est obligé de rechercher un repreneur³³⁹.

316- Cette obligation s'applique pour les entreprises comptant au moins 1000 salariés. On sait que le processus de consultation est renforcé lorsque la procédure est afférente à un projet de licenciement collectif³⁴⁰. L'information du comité d'entreprise est renforcée tout au long de cette recherche, qui dispose de la possibilité de recourir à l'expert-comptable afin d'étudier sérieusement les projets de reprise de l'entreprise³⁴¹. Le Professeur Frédéric Géa affirmait à la lecture de cet article que le comité d'entreprise doit vérifier que « l'employeur s'engage dans une recherche active, effective et loyale, en vue de trouver un repreneur »³⁴². Cette position

³³⁹ V. *infra* chapitre suivant « L'anticipation dans le cadre d'une procédure collective »

³⁴⁰ V. *supra*. Titre I « la procéduralisation », chapitre I de cette partie.

³⁴¹ Art. L. 1233-57-14 C. Trav. Cette disposition prévoit que : « L'employeur ayant informé le comité d'entreprise du projet de fermeture d'un établissement recherche un repreneur. Il est tenu :

1° D'informer, par tout moyen approprié, des repreneurs potentiels de son intention de céder l'établissement ;
2° De réaliser sans délai un document de présentation de l'établissement destiné aux repreneurs potentiels ;
3° Le cas échéant, d'engager la réalisation du bilan environnemental mentionné à l'article L. 623-1 du code de commerce, ce bilan devant établir un diagnostic précis des pollutions dues à l'activité de l'établissement et présenter les solutions de dépollution envisageables ainsi que leur coût ;

4° De donner accès à toutes informations nécessaires aux entreprises candidates à la reprise de l'établissement, exceptées les informations dont la communication serait de nature à porter atteinte aux intérêts de l'entreprise ou mettrait en péril la poursuite de l'ensemble de son activité. Les entreprises candidates à la reprise de l'établissement sont tenues à une obligation de confidentialité ;

5° D'examiner les offres de reprise qu'il reçoit ;

6° D'apporter une réponse motivée à chacune des offres de reprise reçues, dans les délais prévus à l'article L. 1233-30. »

³⁴² GEA (F.), L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site, Dr. Soc. 2013, n°10, p.827.

peut être vivement saluée, au regard de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. En outre, l'obligation de recherche d'un repreneur³⁴³ est une obligation de moyens qui est attachée du principe de bonne foi.

317- Mais le recours à la cession peut se faire en amont d'une cessation de paiement. Elle permet un maintien de l'emploi, même si le contrat peut être modifié par le repreneur. La Cour de cassation précise dans un arrêt du 12 mars 2003 que « la poursuite des contrats en cours n'interdit pas à l'employeur cessionnaire du contrat de travail de modifier ce contrat de travail, fût-ce de façon substantielle, et la rupture dudit contrat de travail en cas de refus du salarié n'est pas nécessairement dépourvue de cause réelle et sérieuse »³⁴⁴. Autrement dit, le repreneur peut recourir à la modification du contrat de travail pour cause économique, et le refus du salarié légitimerait le licenciement. L'anticipation des licenciements est donc possible si la négociation entre le salarié et le repreneur aboutit à une modification du contrat de travail ; et si le repreneur s'expose à un refus, il pourra licencier valablement le salarié pour motif économique³⁴⁵. En revanche, le recours à la modification du contrat de travail dans le cadre d'une cession n'est pas systématique, il permet simplement de répondre au besoin de l'entreprise « réellement » en difficulté.

318- Les groupes ont souvent recours à la fusion-absorption³⁴⁶. Il existe des cas où deux grands groupes fusionnent pour augmenter le cours des bourses³⁴⁷. En effet, le groupe peut décider de la faire absorber par une filiale *in bonis*. L'objectif est de prévenir la survenance de difficultés de la filiale. C'est le cas notamment des sociétés Lafarge et Suisse Holcim, qui souhaitent fusionner pour développer plus de profit. C'est un moyen qui peut se révéler efficace pour éviter les licenciements injustifiés, tout en conciliant avec la nécessité pour les groupes d'augmenter les profits. En effet, ce désir des groupes ne met pas à mal l'emploi dans cette situation. Ce peut être un moyen utilisé par le groupe au moyen d'une restructuration financière. Ce dispositif prévient également des licenciements et représente une solution

³⁴³ Cette obligation sera développée dans le chapitre suivant. L'évocation dans ce chapitre démontre que le législateur incite à la cession pour maintenir les emplois.

³⁴⁴ Cass., soc., 12 mars 2003, n° 00-46.737.

³⁴⁵ V. *infra* sur la procédure de licenciement dictée par le motif invoqué : Partie II, titre I, chapitre II « la cause réelle et sérieuse spécifique au groupe ».

³⁴⁶ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1872, in *La fusion des entreprises en difficulté*, KOCH (J.), 2012., p.10.

³⁴⁷ V. *supra* partie II.

adaptée et, au lieu et place de la faillite déloyale³⁴⁸, même si le but principal est de sauvegarder la filiale.

319- Si malgré les efforts de l'employeur, aucune reprise n'est possible, en amont du prononcé de certains licenciements collectifs, l'incitation à la reprise du site par un repreneur a pour conséquence la reprise de certaines obligations anticipant un retour à l'emploi.

§2 - L'incitation pour le retour à l'emploi par le transfert de la priorité de réembauche

320- La priorité de réembauche est notifiée avec le licenciement pour motif économique. Puisque le législateur incite l'employeur à rechercher une société repreneuse, cela se répercute inévitablement sur les obligations dont l'employeur était tenu, lorsqu'il a eu recours aux licenciements collectifs.

321- On sait que la priorité de réembauche est restreinte à l'entreprise³⁴⁹. Lorsqu'une entreprise est transférée, l'obligation de priorité de réembauchage est-elle toujours de mise ? Le salarié peut-il se prévaloir de son droit de réembauche auprès du repreneur ? Les articles L. 1224-1 et L. 1224-2³⁵⁰ du Code du travail disposent que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise » et « le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification (...) ». L'article L. 1224-2 dispose également qu'il existe deux exceptions : premièrement, lorsque la société repreneuse est en procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire ; puis, en l'absence de convention prévue entre l'ancien et le nouvel employeur afférente à des charges « résultant de ces obligations », c'est au premier employeur

³⁴⁸ V. *supra* sur « une cessation totale et définitive loyale », partie II, titre I, chapitre I, section I

³⁴⁹ V. *infra* chapitre I.

³⁵⁰ Article interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, remplaçant la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, J.O.C.E., n° L82/16 du 22 mars 2001.

que revient la charge de ces obligations. La directive du 12 mars 2001³⁵¹ précise que le transfert des droits des travailleurs n'est possible que s'il répond aux exigences de l'article 3 b) disposant qu' « est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire »³⁵². Autrement dit, un transfert d'entreprise fait naître des droits aux travailleurs à condition que l'employeur repreneur maintienne l'identité de l'entreprise, et poursuive l'activité économique, même si cette activité reprise représente une partie de l'activité commerciale. Cela doit être précisé contractuellement³⁵³.

322- La Chambre sociale a eu l'occasion de faire appliquer le droit à la priorité de réembauche auprès du cessionnaire. Dans un arrêt du 26 février 1992³⁵⁴, la Cour de cassation a décidé qu' « en cas de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité, un salarié licencié antérieurement à cet événement est en droit de se prévaloir de la priorité de réembauchage à l'égard de l'entreprise qui a repris l'activité ». Ici, l'on constate que la Chambre sociale utilise le terme entreprise, et non employeur : la charge de la priorité de réembauchage est *a fortiori* transférée si l'entreprise est reprise. Cette position a été réaffirmée le 5 février 2002³⁵⁵, lorsque la Cour de cassation exposa que « le droit des salariés licenciés pour motif économique et qui ont demandé à bénéficier de la priorité de réembauchage prévue par l'article L. 321-14 du Code du travail, devenu l'article L. 1233-45, s'exerce à l'égard de l'entreprise et subsiste en cas de reprise de l'entité économique par un autre employeur ». Cette formulation a été reprise mot pour mot dans une décision de la Cour de cassation en date du 9 juillet 2008³⁵⁶.

323- Dans cet arrêt, la cour d'appel avait relevé que l'intéressé avait fait valoir sa priorité de réembauche auprès de l'auteur qui l'avait licencié, et avait donc retenu que ce droit ne pouvait être appliqué, puisque la lettre de licenciement précisait que l'intéressé pouvait faire valoir son droit auprès du premier cessionnaire. Cependant, la Chambre sociale a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel, retenant, qu'une décision était intervenue, prononçant la résolution du plan de cession d'un premier cessionnaire, et qu'à cette période précise, il n'y avait pas encore

³⁵¹ directive no 2001/23/CE du 12 mars 2001

³⁵² Cf. *supra*, Directive n° 2001/23/CE, chapitre 2.

³⁵³ Cf. partie I, titre II, chapitre 1, section I.

³⁵⁴ Cass. Soc. 26 févr. 1992, n° 88-43.891.

³⁵⁵ Cass. Soc. 5 févr. 2002, n° 99-46.345.

³⁵⁶ Cass. Soc. 9 juillet 2008, n° 06-40.945 ; RDT 2008. 664, note J-Y. Frouin.

de repreneur. La Cour de cassation affirme donc que la demande faite par le salarié auprès du mandataire judiciaire était valable. Elle ajoute en conséquence, des précisions au-delà de la formulation reprise : « peu important que cette demande ait été faite auprès de l'auteur du licenciement et que la cession soit intervenue après le licenciement ». Cette décision a le mérite d'être claire et démontre que l'obligation de la priorité de réembauche est transférée de plein droit au cessionnaire, au bénéfice du salarié.

324- Le fait que l'obligation de priorité de réembauche perdure dans l'hypothèse d'un transfert, avait déjà été jugé quelques années avant³⁵⁷, mais la Cour de cassation réitère ici cette position pour éclaircir la mise en œuvre de l'application de la priorité de réembauchage.

325- Quant à la rédaction qui ne faisait référence qu'aux contrats en cours, la Cour de cassation ne conditionne pas l'application de cette obligation à l'existence d'un contrat en cours, puisqu'elle retient qu'il importe que la cession soit intervenue après la réalisation du licenciement. Pourquoi le juge n'applique-t-il pas l'article L. 1224-1 du Code du travail, alors qu'à la date du transfert d'entreprise, le contrat de travail est inexistant puisque rompu pour motif économique ? L'article en question est interprété à partir de la directive du 12 mars 2001³⁵⁸ qui dispose dans son article 3,1 que « les droits et obligations qui résultent pour le cédant du contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ». Cette directive fait également référence à la condition de contrat de travail en cours par l'emploi du terme « existant ». La réponse se trouve dans le seul fait que, comme le souligne le professeur Jean Mouly, cette priorité de réemploi est attachée à l'entreprise, et non à l'employeur. Il affirme également que la priorité se transmet « aux exploitants successifs (et) s'apparente ainsi aux obligations *propter rem* »³⁵⁹. Cette protection du droit du salarié participe au retour à l'emploi par le fait que l'obligation de réembauche fait partie des charges découlant du transfert d'entreprise. Ne pas étendre ce droit en cas de transfert, reviendrait à priver cette mesure de son essence même, qui est l'accompagnement vers un retour à emploi.

³⁵⁷ Soc. 20 juin 2002, n° 00-42.506.

³⁵⁸ Directive n° 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JOCE, chapitre 1^{er}.

³⁵⁹ MOULY (J.), Le sort des priorités d'embauche en cas de transfert d'entreprise, note ss Cass. soc., 26 févr. 1992, JCP 1992, éd. G, II, 21883, n° 18.

326- D'ailleurs, la Cour de Justice de l'Union Européenne a, dans un arrêt *Wendelboe* en date du 7 février 1985³⁶⁰, relevé que les dispositions de la directive du 12 mars 2001 doivent être interprétées de manière à ce que le cessionnaire soit contraint de continuer les contrats en cours, sans modification. Cette interprétation a pour but de protéger les salariés dont le contrat de travail est en cours, de prévenir des licenciements collectifs motivés par un transfert. Il convient de saluer l'interprétation de ces jurisprudences, qui vont dans le sens d'un accompagnement légitime des salariés licenciés pour motif économique, lorsque l'entreprise est transférée.

327- Cependant, il existe une hypothèse selon laquelle le salarié ne peut se prévaloir de son droit à la priorité de réembauchage. Cette hypothèse représente une exception dégagée par la jurisprudence. La priorité de réembauchage n'est plus de mise lorsque le transfert de l'entreprise n'est que partiel. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 5 mars 2002³⁶¹ : « en cas de cession partielle de l'entreprise, seuls bénéficient d'une priorité de réembauchage, à l'égard du cessionnaire, les salariés licenciés qui étaient affectés à l'entité économique cédée ».

³⁶⁰ C.J.C.E., 7 févr. 1985, Aff. 19/83, *WENDELBOE*.

³⁶¹ Cass. Soc 5 mars 2002, n° 00-41.429.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

328- L'entreprise peut anticiper les licenciements économiques par l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise. Dans l'objectif d'un maintien conservation de l'emploi, le contenu du plan de sauvegarde peut être négocié. Le plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures impliquant, autant que faire se peut un plan s'orientant vers l'emploi équivalent, à défaut de l'aboutissement d'une modification du contrat. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences offre des solutions au groupe pour qu'il anticipe au mieux les licenciements, que ce soit par le biais d'accords de groupe ou d'entreprise.

329- La mise en œuvre de l'obligation d'adaptation et de formation peut également peut faciliter un reclassement, lorsque l'entreprise anticipe des mutations technologiques, ou a recours à l'accord de mobilité pour diminuer ses effectifs dans le cadre des accords de maintien de l'emploi. Ces accords, conclus dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences sont efficaces et adaptés au groupe de sociétés. Ils sont destinés à éviter d'enclencher la procédure de licenciement et peuvent également prévoir le recours à l'activité partielle. Il nous semble que ces mesures d'anticipation sont adaptées à la spécificité d'un droit des groupes de sociétés, dans le cadre de la conservation négociée de l'emploi. La création d'un droit spécifique au groupe qui inciterait l'employeur à recourir à des accords de mobilité serait une solution car la circulation des travailleurs peut éviter l'apparition de difficultés, ou l'aggravement de celles-ci.

330- Dans le cadre de la négociation d'une rupture, il semble que la rupture conventionnelle est possible lors de la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique mais cela reste à confirmer par la jurisprudence. En revanche, ce recours n'est pas adapté à un groupe de sociétés car il est plus intéressant pour l'employeur, qui espère échapper à la « procéduralisation » du licenciement économique, particulièrement protectrice dans les groupes. En effet, ce dernier souhaiterait échapper aux mesures protectrices de l'emploi, notamment le respect des critères de l'ordre des licenciements, celle d'un plan de sauvegarde de l'emploi et l'obligation de reclassement ; mais aussi celle de la justification du motif économique du licenciement. De plus, le salarié ne peut plus bénéficier du contrat de sécurisation professionnelle, ou du congé de reclassement.

331- En dernier lieu, l'incitation à la cession en amont de l'apparition de difficultés économiques permet au salarié de conserver ou de retrouver son emploi, et cela parce que le transfert vers une société permet de maintenir l'emploi des salariés, mais aussi, parce que les obligations telles que la priorité de réembauche permet de réintégrer certains salariés. Mais lorsque l'entreprise est en cessation des paiements, la pratique des groupes de sociétés est-elle de la céder? Rien n'est moins sûr à l'aune de l'étude des mécanismes d'anticipation lorsqu'une société du groupe fait l'objet d'une procédure collective.

- CHAPITRE II –

L'ANTICIPATION DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE

332- La nécessité de prévenir les licenciements collectifs dans les entreprises en difficultés est flagrante. En effet, les licenciements économiques sont la solution pour sauvegarder l'activité si l'entreprise ou le groupe souhaite continuer, ou fermer le site. La préservation des emplois dans ces situations particulières est urgente.

333- L'anticipation peut se faire de manière différente, que l'on soit en droit des sociétés, ou en droit du travail. En effet, le droit des entreprises en difficulté a institué plusieurs procédures pour sauvegarder l'entreprise. Les procédures de sauvegarde, de redressement vont dans le sens d'une anticipation. Cependant, ce n'est pas l'anticipation des licenciements qui est la priorité, mais celle de la bonne santé de l'entreprise, même si sa sauvegarde nécessite le recours à des licenciements économiques.

334- Il existe des difficultés quant à l'anticipation des licenciements économiques, lorsque les deux matières entrent en conflit. En effet, le droit des sociétés a pour but d'anticiper les difficultés afin de sauvegarder l'entreprise, alors que le droit du travail souhaite prévenir les conséquences de ces difficultés sur l'emploi. Il convient donc de se demander si le droit du travail prend en compte les entreprises en difficulté, notamment lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure collective, et principalement lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe des sociétés.

335- Il est nécessaire de se pencher sur cette question, car en pratique certaines maisons mères décident de fermer une filiale *in bonis*, que ce soit par délocalisation, ou par fermeture simple³⁶². Il apparaît donc que le droit du licenciement dans une entreprise en difficulté n'est pas adapté à la protection attendue dans une entreprise faisant partie d'un groupe. Le groupe peut dans certains cas mettre volontairement en cessation d'activité, même si le groupe est *in bonis*, c'est une pratique symptomatique. Mais l'entreprise en difficulté qui ne fait pas partie

³⁶² A la différence de la section III du chapitre précédent, nous analyserons dans ce chapitre les dispositions applicable notamment en cas de transfert à l'aune de pratiques utilisés par les groupes, et qui choisissent parfois pour des raisons stratégiques de ne pas céder une filiale, mais de la fermer.

d'un groupe se voit ici reconnaître de nouveaux droits quant à l'avancement de la procédure pour rompre les contrats de travail.

336- Il sera alors intéressant de savoir si les lois récentes prennent en compte la friction du droit du travail et des entreprises en difficulté. Avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, la loi visant à reconquérir l'économie réelle du 29 mars 2014, ou encore la loi sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015, il n'existait pas de dispositifs spéciaux pour les entreprises en difficulté, dans l'application de la procédure de licenciement économique. Il sera étudié dans le droit des procédures collectives, l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, car les groupes de sociétés recourant à des restructurations font rarement l'objet d'une procédure de sauvegarde³⁶³.

337- Le droit du travail est intimement lié au droit des sociétés dans l'application de la procédure de licenciement, et se voit confronté au droit des procédures collectives (section I). La loi de sécurisation de l'emploi n'a pas réuni ces deux matières et a simplement évoqué les entreprises en difficulté, ce qui démontre une prise en compte insuffisante des entreprises en difficultés par le droit du travail (section II) dans le cadre d'un licenciement économique dans un groupe de sociétés.

³⁶³ Leur but est souvent de parvenir à la cessation des paiements pour licencier. V. *infra* partie II

Section I - La procédure de licenciement économique confrontée au droit des procédures collectives

338- Selon Maître Daniel « le droit du travail n'hésite pas à neutraliser le droit des sociétés dès lors que les constructions édifiées avec son appui ne rendent qu'impatiemment compte de la réalité économique ou sociale »³⁶⁴. Cette formulation marque la difficile conciliation entre le droit des procédures collectives et le droit du travail, dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif dans un groupe. L'application du droit des procédures collectives n'est pas adaptée à la procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés (§1), à tel point que cela engendre une difficile prévention des licenciements dans les groupes par ce droit (§2).

§1- L'application des procédures collectives inadaptée au groupe de sociétés

339- Le droit des procédures collectives est « un droit particulier animé d'une logique financière »³⁶⁵. Le droit du travail et le droit des procédures collectives ne s'imbriquent pas. En général, les groupes de sociétés ne font pas l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'on remarque en effet que les entreprises de moins de cinquante salariés font l'objet, en général, d'une telle procédure. Pourquoi ? Parce que le groupe décide de recourir à des plans de restructuration permanente dans ce contexte économique actuel et que le groupe met volontairement la filiale en cessation de paiement dans un but multiplicateur de profit. C'est pour cette raison principale que l'on peut affirmer que le droit des procédures collectives s'articule difficilement avec le droit du travail. La procédure n'est pas la même en cas de licenciement dans le cadre d'une procédure collective ou dans le cadre d'un licenciement non soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La procédure de licenciement d'une société autonome³⁶⁶ en liquidation ou en redressement judiciaire, est simple. En effet, dans ce cas, le seul fait pour la société en question d'être en

³⁶⁴ DANIEL (J.), Les périmètres du PSE en pratique, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.18.

³⁶⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Éclairage – Le droit social dans les procédures collectives : entre inadaptation, idéalisme et dévoiement !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2011 n° 5, P. 302.

³⁶⁶ Ici, il est fait référence à une société n'appartenant pas à un groupe

état de cessation des paiements justifie le recours au licenciement économique. Or, dans un groupe de sociétés, le seul fait d'être en état de cessation de paiements ne justifie pas légitimement ce recours. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, la cessation de paiement n'est pas une cause autonome du licenciement³⁶⁷. Les procédures diffèrent dans le cadre du droit commun et dans celui du droit commercial, parce que dans un groupe de sociétés, la cessation des paiements ne peut justifier légitimement un licenciement au regard de la bonne santé du groupe. Cette inadaptation est source d'insécurité juridique, car les groupes qui ont recours à ces pratiques discutables ne devraient pas bénéficier des mêmes dispositions que les entreprises qui sont réellement et sérieusement en difficulté. Il conviendrait alors que le législateur commercial intervienne³⁶⁸ afin que l'emploi soit mieux protégé, et que la procédure de licenciement économique ne soit pas instrumentalisée par les groupes de sociétés.

340- Cependant, il existe tout de même des cas où la filiale d'un groupe dont la santé financière est réellement en danger et où le droit des procédures collectives s'applique sans difficulté. Seuls les cas particuliers des entreprises intégrées dans un groupe, qui ont de plus en plus recours aux licenciements collectifs pour augmenter leur compétitivité sur ordre de la société mère, fondent ces arguments. D'autant plus qu'au regard du droit du travail, ces sociétés ne subissent pas de difficultés économiques répondant aux motifs exigés pour enclencher la procédure de licenciement pour motif économique³⁶⁹.

341- En outre, le droit des procédures collectives n'est pas adapté aux licenciements collectifs dans les groupes de sociétés. Ces propos peuvent être renforcés par le fait qu'il n'intervient pas de manière efficace dans la prévention des licenciements, pourtant indispensable dans le cadre d'un groupe de sociétés.

³⁶⁷ V. *infra* Partie II, titre I Chapitre II « la cause réelle et sérieuse spécifique au groupe »

³⁶⁸ Sur une proposition de solution, V. *infra* Partie II, titre II, chapitre II, section III.

³⁶⁹ V. *infra ibidem*

§2 - La difficile prévention des licenciements collectifs dans un groupe par le droit des procédures collectives

342- Le licenciement économique dans le cadre d'une procédure collective est de nature judiciaire. En effet, après consultation du comité d'entreprise s'il en existe un, lors de la période d'observation, l'administrateur judiciaire saisit le juge commissaire pour l'autorisation de licenciement. En application de l'article L.631-17 du Code de commerce, ce dernier doit rendre sa décision motivée, et son autorisation n'est possible que « lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation ». Ces conditions sont cumulatives. L'autorisation notifiée doit énoncer le nombre de salariés ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées.

343- Selon certains auteurs³⁷⁰, cet article représenterait une protection du salarié à l'aune de ces conditions cumulatives. Seulement, en pratique c'est loin d'être le cas. Cette affirmation peut être corroborée par le fait que les groupes ont la volonté d'abandonner certaine de leur filiale dans un but purement stratégique.

344- En effet, la logique du droit commercial est de protéger et de sauvegarder l'entreprise, bien qu'il y ait des répercussions sur l'emploi. Celle du droit du travail en revanche va dans le sens d'une protection accrue du salarié et du maintien de l'emploi dans l'entreprise. On peut donc inférer qu'il existe une insécurité juridique pour le salarié victime d'un détournement de la procédure. Pour pallier cette difficulté et créer un véritable droit des groupes dans le cadre de l'application de la procédure de licenciement économique, la Cour de cassation est intervenue pour encadrer le licenciement économique dans les groupes de sociétés et créer un motif économique adapté au groupe de sociétés³⁷¹. Mais le droit des sociétés, quant à lui, n'est pas intervenu en ce sens, démontrant la difficile prévention des licenciements en la matière.

345- Le droit commun et le droit des procédures collectives possédaient, avant la loi de sécurisation de l'emploi, une procédure identique quant à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, et quant au respect de l'obligation de reclassement. L'on peut

³⁷⁰ Colloque du 5 juin 2015 sur l'« entreprise en difficulté et relations de travail » à la faculté de droit de Montpellier.

³⁷¹ V. supra partie II, titre I, chapitre II, préc.

ressentir une inefficacité dans la protection de l'emploi lors de la mise en œuvre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, parce que l'autorisation de l'administrateur judiciaire représente un instrument de protection et de sauvegarde de l'entreprise et non de l'emploi. En revanche, ces propos peuvent être relativisés lorsque cette autorisation a lieu dans le cadre d'une liquidation judiciaire où l'entreprise n'est plus viable économiquement, et que le redressement judiciaire est impossible.

346- Le législateur est intervenu pour prendre en compte cette réalité, qui pose d'autant plus de problèmes lorsque l'entreprise appartient à un groupe, mais cette prise en compte s'avère insuffisante.

Section II - La prise en compte insuffisante des entreprises en difficulté par le droit du travail

347- L'articulation entre le droit du travail et le droit des procédures collectives est incertaine³⁷². L'ancien article L. 1233-90-1 alinéa 1 du Code du travail disposait que « lorsqu'elle envisage un projet de licenciement collectif ayant pour conséquence la fermeture d'un établissement, l'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-71 recherche un repreneur et en informe le comité d'entreprise dès l'ouverture de la procédure d'information et de consultation prévue à l'article L. 1233-30 »³⁷³. Cet article, créé par la loi de sécurisation le 14 juin 2013, fût rapidement abrogé par la loi visant à reconquérir l'économie réelle du 29 mars 2014. La raison principale réside dans le fait que l'obligation de recherche d'un repreneur était inapplicable dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

348- La loi de sécurisation de l'emploi a ignoré la compatibilité de cette obligation de reprise de site avec une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, car l'article L. 1233-75 du Code du travail excluait les entreprises en redressement ou en liquidation du champ d'application de l'article L. 1233-71 du Code du travail, prévoyant l'obligation de proposer un congé de reclassement. En outre, la reprise de site telle qu'elle était prévue par la loi de sécurisation ne visait que les entreprises ou groupes d'au moins 1000 salariés, *in bonis*. En outre, cela était possible seulement dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, comme l'a justement souligné Madame Driguez³⁷⁴.

349- Avant les lois de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et du dialogue social du 17 Août 2015, le droit du travail ne prévoyait pas de procédures d'anticipation pour les entreprises en difficulté. Et cela, que l'on soit dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Depuis l'intervention du législateur, les entreprises en difficulté sont simplement « évoquées » dans le Code du travail. Cela signifie que l'anticipation des licenciements économiques dans le cadre d'une procédure collective est insuffisante. Mais le terme « évocation » signifie tout de même que le droit du travail envisage des dispositifs spéciaux pour les entreprises placées dans cette situation. C'est le cas notamment dans le

³⁷² DRIGUEZ (L.), V. infra p.998.

³⁷³ Issu de L. n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 19-I, Abrogé par L. n° 2014-384 du 29 mars 2014, art. 2-I

³⁷⁴ DRIGUEZ (L.), V. infra p.996.

cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (§1), mais l'obligation de reclassement n'est pas adaptée aux entreprises en difficultés (§2).

§1 - L'obligation d'élaboration du PSE adaptée à une procédure collective

350- La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a donc pris en compte le cas des entreprises en difficultés. Cette prise en compte est relative car la loi ne crée pas un droit spécial pour les entreprises en difficulté qui souhaitent licencier pour motif économique, que ce soit dans le Code du travail ou dans le Code de commerce. Néanmoins, les entreprises en difficulté se voient aider par cette loi qui prévoit des dispositions offrant un gain de temps pour rompre les contrats de travail. Ces nouvelles dispositions ne s'orientent pas dans le sens d'une protection accrue de l'emploi. De plus elles sont silencieuses s'agissant des groupes de sociétés alors que des entreprises abandonnées sur ordre certaines sociétés mères ne manquent pas.

351- Les articles L. 1233-58 du Code du travail et L.631-17 alinéa 2 du Code de commerce, disposent qu' « en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-4 ». Autrement dit, en cas de procédure collective, l'administrateur ou le liquidateur a l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, que ce soit par acte unilatéral ou par un accord³⁷⁵. L'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi est donc prévue dans les entreprises en difficulté. Depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015, cette obligation est restreinte à l'entreprise, le groupe n'étant plus tenu de contribuer à l'élaboration de ce plan lorsque l'entreprise est en difficulté.

352- Cependant, dans le cadre d'une procédure collective, des délais raccourcis peuvent être mis en œuvre lors de l'application de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, le droit des entreprises en difficulté s'applique en vertu de l'article L. 631-17 du Code de commerce qui dispose que « lorsque des licenciements pour motif économique

³⁷⁵ V. *supra*, Partie I, Titre I, chapitre I, section II, §2

présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements ». Cet article marque une articulation³⁷⁶ entre les licenciements économiques et les procédures collectives, puisque dans le cas d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, les licenciements peuvent être prononcés pendant la période d'observation.

353- La loi de sécurisation prend en compte les entreprises en difficulté par la reconnaissance de l'impératif de célérité, indispensable pour les praticiens en cas de procédure collective, mais inadaptée aux groupes de sociétés (A). L'incitation législative à la recherche d'un repreneur dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi peut représenter une protection de l'emploi (B).

A - La prise en compte de l'impératif de célérité non adaptée au groupe de sociétés

354- L'impératif de célérité est pris en compte puisque des délais spéciaux quant à l'application du plan de sauvegarde de l'emploi sont désormais prévus par le droit du travail (1), des délais qui sont pourtant non protecteurs de l'emploi dans les groupes (2).

1 - Les délais spéciaux pour la validation du PSE

355- La loi de sécurisation de l'emploi a modifié les délais pour l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. La procédure de sauvegarde ne nécessite pas d'impératif de célérité car le droit commun s'applique dans la mesure où la société dans cette situation est considérée être *in bonis*.

³⁷⁶ Driguez (L.), licenciements économiques et procédures collectives : une nouvelle articulation gage de sécurisation ?, Dr. Soc.2013, n°12, p.995.

356- En vertu de l'article L. 1233-57-4 du Code du travail, les délais de droit commun de validation du plan de sauvegarde de l'emploi sont de 15 jours pour un plan de sauvegarde négocié, ou de 21 jours pour un plan par acte unilatéral. Dans le cadre de cette validation, au cas particulier d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, des délais spéciaux sont prévus. En effet, en application de l'article L. 1233-58 du Code du travail, II alinéa 2, les délais sont de huit jours dans le cadre d'un redressement, et quatre jours dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Ces délais se justifient par l'impératif de célérité propre à une procédure collective mais aucun licenciement ne peut être notifié avant l'avis favorable de l'administration³⁷⁷. En cas de refus de la DIRECCTE, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur dispose d'un délai de trois jours pour soumettre au comité d'entreprise l'acte unilatéral ou l'accord collectif, pour modification. Le même délai est prévu pour un nouvel examen par l'autorité administrative pour validation³⁷⁸.

357- L'article L. 1233-58, II° du Code du travail dispose qu' « en cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. L'article L. 1235-16 ne s'applique pas ». Autrement dit, la réintégration du salarié, possibilité prévue par l'article L. 1235-16 du Code du travail ne s'applique pas. Cela se justifie par la situation particulière de l'entreprise en difficulté, qui a légitimement besoin de raccourci pour licencier. Le droit du travail s'est adapté, avec la loi de sécurisation à la réalité des entreprises en difficulté, mais ne protège pas l'emploi.

2 - Des délais non protecteurs de l'emploi dans les groupes

358- Ces délais spécifiques en cas de procédure de sauvegarde, redressement ou de liquidation judiciaire sont justifiés lorsque l'entreprise est en danger économique ; une adaptation du droit du travail à la réalité économique était nécessaire. En effet, de plus en plus de sociétés font l'objet de procédures collectives, ces délais sont alors bienvenus, car ils

³⁷⁷ V. *supra*, Partie I, Titre I, chapitre I, section II, §1, B

³⁷⁸ Article L.1233-58 C. Trav.

peuvent représenter un outil rapide pour l'entreprise qui doit licencier pour sauvegarder l'activité, qu'elle fasse partie d'un groupe ou non. Cependant, cette adaptation ne prend pas en compte la réalité des groupes. Une prévention des licenciements dans les groupes s'avère donc difficile. Lorsque le groupe décide de recourir à des licenciements injustifiés³⁷⁹ par l'utilisation d'une procédure collective, il peut représenter un outil dangereux contre le salarié. Ce dernier sera contraint de saisir le juge social, pour demander la qualification de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Mais encore faut-il que le salarié décide d'engager une procédure, car le montant de l'allocation de dommages et intérêts dépend de l'ancienneté de ce dernier. Autrement dit, le salarié qui n'a qu'un an d'ancienneté ne verra pas d'intérêt à perdre du temps et de l'argent, sachant que cela lui serait précieux pour la recherche d'un nouvel emploi.

359- La création de délais spéciaux pour l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, dans le cadre d'une procédure collective, n'est pas adaptée au groupe. Le législateur social n'a pris en compte que les entreprises réellement en difficulté, omettant de créer une disposition pour les groupes qui instrumentalise ce droit. Cependant, un plan de cession peut être inséré dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Dans ce cas, le droit du travail prend en compte la réalité de certains groupes qui utilisent le droit des procédures collectives pour augmenter leur profit. Le législateur a créé l'obligation d'une recherche d'un repreneur, applicable au groupe.

B – L'incitation à la recherche d'un repreneur applicable au groupe de sociétés

360- L'on peut inclure dans le plan de sauvegarde de l'emploi, un plan de cession dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Cependant, dans les deux cas, ce sont les règles applicables d'une cession dans le cadre d'une liquidation judiciaire qui s'appliquent.

Les articles L. 642-1 et suivants du Code du commerce régissent le plan de cession dans le cadre d'une procédure collective. Selon l'article L. 642-1 alinéa 1^{er} du Code du commerce, « la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles

³⁷⁹ V. *infra* partie II, titre II, chapitre I de cette thèse.

d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ». Autrement dit, la prévention des licenciements peut se faire par ce mécanisme de cession de l'entreprise, de manière totale ou partielle³⁸⁰, et par là même, sauvegarder l'entreprise. L'emploi est donc protégé dans la mesure où, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le contrat de travail est transféré au nouvel employeur. En effet, cet article dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Le maximum de contrats peut être transféré dans le cadre d'un choix du repreneur par le Tribunal de commerce, en fonction de l'offre jugée la plus sérieuse. Le changement d'employeur permet la reprise de tout ou partie du personnel, et représente un outil efficace à l'anticipation des licenciements.

361- Le changement d'employeur peut être préféré à la continuation de l'activité si le tribunal estime, à l'aune de la période d'observation, que c'est le choix le plus judicieux pour sauvegarder l'entreprise, et par la même, les contrats de travail. En effet, l'article L. 632-21 du Code du commerce dispose notamment dans son premier alinéa qu' « à la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans ». Autrement dit, le tribunal de commerce ne pourra ordonner la poursuite de l'activité que s'il estime que le redressement de la société s'avère impossible, et que la cession totale ou partielle est envisageable, au regard des conditions cités à l'article L. 642-2 du Code de commerce³⁸¹.

362- L'alinéa premier de l'article L. 642-5 du Code de commerce prévoit notamment que « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement

³⁸⁰ Art. L. 642-1 alinéa 2.

³⁸¹ Ces dispositions exigent notamment que « Toute offre doit être écrite et comporter l'indication :

1° De la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre ;

2° Des prévisions d'activité et de financement ;

3° Du prix offert, des modalités de règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier de durée ;

4° De la date de réalisation de la cession ;

5° Du niveau et des perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée ;

6° Des garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre ;

7° Des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession ;

8° De la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre. »

l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution »³⁸². Cet article est source d'une modification apportée depuis la loi visant à reconquérir l'économie réelle du 24 mars 2014. Désormais l'emploi est enfin protégé par le droit commercial, tout en préservant les intérêts financiers.

Selon l'alinéa 5 de ce même article, le plan de cession qui prévoit des licenciements économiques ne peut être arrêté que lorsque la procédure de l'article L. 1233-58 du Code du travail a été respectée, c'est-à-dire lorsqu'a été élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi.

Un plan de cession est d'ailleurs encouragé par la loi visant à reconquérir l'économie réelle, qui prévoit l'obligation de recherche d'un repreneur. L'intention du législateur est également de préserver l'emploi et de l'activité de l'entreprise. Il reste à savoir si le groupe choisit de céder ou de « liquider » l'entreprise. A ce titre, il convient d'étudier le champ d'application des nouvelles dispositions instituées par la loi Florange (1). L'incitation à la recherche d'un repreneur est vérifiée et contrôlée (2).

1 – Le champ d'application de l'obligation

363- La loi du 29 mars 2014³⁸³ modifie l'obligation de recherche d'un repreneur lorsqu'est envisagé la fermeture d'un site. Avant cette loi, le champ d'application de ces dispositions couvrait les entreprises ayant pour projet la fermeture d'un établissement, ayant pour répercussions celui d'un licenciement collectif, et ne concernait pas les entreprises en procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaire. C'est désormais le cas.

364- Le Conseil Constitutionnel a le 27 mars 2014³⁸⁴ censuré partiellement cette loi visant à reconquérir l'économie réelle. Etaient contestées les dispositions de l'article 1^{er}, certaines de l'article 8 et celles de l'article 9 de la loi, et notamment le respect de la liberté d'entreprendre, et du droit de propriété. Il convient d'étudier les dispositions jugées contraires à la Constitution.

³⁸² Article Modifié par ORDONNANCE n°2014-699 du 26 juin 2014 - art. 20

³⁸³ L.n°2014-384, 29 mars 2014 : JO 1^{er} avr.2014

³⁸⁴ C. const., Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, sur la Loi visant à reconquérir l'économie réelle

365- Concernant l'article 1^{er} de la loi visant à reconquérir l'économie réelle, il prévoyait, pour les entreprises ou groupes de plus de mille salariés, l'institution de nouvelles obligations pour la mise en œuvre de l'obligation de recherche d'un repreneur. Cette loi porterait atteinte à la liberté d'entreprendre, « en imposant la communication d'informations à toute entreprise concurrente se déclarant intéressée par la reprise de l'établissement dont la fermeture est envisagée sans que la méconnaissance de l'obligation de confidentialité relative à ces informations imposées aux candidats repreneurs puisse être sanctionnée »³⁸⁵. Pourtant le Conseil constitutionnel décide qu'il n'est pas porté atteinte à ce principe de manière disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi³⁸⁶ puisque le législateur n'impose pas « la communication d'informations lorsque cette communication serait susceptible d'être préjudiciable à l'entreprise cédante ou lorsque ces informations porteraient sur d'autres établissements que celui dont elle envisage la fermeture »³⁸⁷. Autrement dit, l'article L.1233-57-14 du Code du travail est conforme à la Constitution parce dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation d'information à des repreneur potentiel, doit être communiqué les informations utiles, et non préjudiciables pour l'entreprise qui ferme ou un de ses établissements. Cette limite dans l'application de l'obligation de recherche d'un repreneur prend en compte les intérêts légitimes de l'entreprise, et le droit du travail intègre donc la protection de l'entreprise ou du groupe.

366- De plus, il serait porté atteinte à la fois à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété selon les requérants par l'existence du contrôle par le tribunal du commerce des offres de reprise et d'une sanction en cas de refus d'une offre sérieuse³⁸⁸, sanction pouvant être selon le Conseil constitutionnel « manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé »³⁸⁹. D'autant plus que l'obligation d'accepter une offre sérieuse sans motif légitime, figurant au deuxièmement et troisièmement de l'article L. 772-2 et au premier alinéa de l'article L. 773-1 et 773-2 du Code de commerce, fut censurée au regard des atteintes aux libertés précitées.

³⁸⁵ Considérant 10, Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

³⁸⁶ Le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs dans le considérant 7 qu' « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

³⁸⁷ Considérant 11, Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

³⁸⁸ Considérant 15, Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

³⁸⁹ Cette sanction « pouvant atteindre 20 fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé », considérant 25.

Les groupes de sociétés préfèrent fermer des filiales « saines »³⁹⁰ même si une proposition sérieuse de repreneur leur est offerte, car l'acceptation ne permet pas l'augmentation du capital du groupe. Ce refus se justifie principalement par le fait que la décision de fermer fait partie d'un désir de multiplier les profits du groupe.

367- Le nouvel article L.1233-57-9 du Code du travail, institué par la loi visant à reconquérir l'économie réelle prévoit que « lorsqu'elle envisage la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, l'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-71 réunit et informe le comité d'entreprise, au plus tard à l'ouverture de la procédure d'information et de consultation prévue à l'article L. 1233-30 ». Cet article fait référence à un établissement. M. Germain pensait³⁹¹ que la recherche d'un repreneur ne s'imposerait qu'aux entreprises qui avaient une santé financière rentable, et loin d'être alarmante, et où l'employeur choisissait de fermer dans un but stratégique, et non dans celui de faire face à des difficultés économique. Finalement, ce sont les établissements qui sont cités, la loi englobe donc de façon large les sociétés faisant partie d'un groupe ou non, ou d'une unité économique et sociale. La loi s'applique à un établissement qui ferme. Il convient alors de définir la notion de fermeture.

368- La notion de fermeture doit être étudiée, à l'aune des pratiques des groupes de sociétés. Il paraît nécessaire d'appréhender la définition dans le cadre d'une fermeture d'établissement, et à ce titre, étaient visés les établissements qui délocalisaient leur site pour plus de rentabilité. Autrement dit, les cas de fermetures visés par la loi étaient principalement les groupes de sociétés. La délocalisation est un moyen utilisé même si la filiale était « rentable »³⁹² sur le territoire Français. La raison d'être de la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle était l'enrayement de ces pratiques stratégiques par les groupes au départ³⁹³.

369- Une question essentielle doit être posée. Une délocalisation peut-elle entrer dans le champ d'application de la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, et par la même dans l'esprit du terme « fermeture » ? Ou doit-on appréhender ce terme étymologiquement ? Il semblerait selon certains auteurs que « seraient visés tous les projets

³⁹⁰ JEANTET (T.), DONDERO (B.), Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?, RDT 2014, p.10

³⁹¹ AN, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel, J.-M. Germain, n° 1270, 17 juill. 2013, p. 7

³⁹² CHATARD (D.), DUPIRE (R.), Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur, JCP S, n° 20, 20 Mai 2014, 1194

³⁹³ AN, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel, J.-M. Germain, prec.

de réorganisation d'activité sur le territoire national, la fermeture d'un site ne signifiant pas nécessairement remise en cause de l'activité lorsque celle-ci s'inscrit dans un regroupement des outils de production »³⁹⁴. Cela représenterait une sécurité juridique puisque l'obligation de rechercher un repreneur s'impose que l'on soit en présence ou non d'un groupe de sociétés et pourrait être une solution pour dissuader les groupes de licencier alors que l'entreprise est pérenne.

370- La création de cette nouvelle obligation par la loi de sécurisation de l'emploi renforce l'idée d'une protection de l'emploi par la prévention des licenciements. En ce sens, la mise en œuvre de cette loi vérifiée et contrôlée.

2 – La mise en œuvre de la loi vérifiée et contrôlée

Pour pallier le vide juridique de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, la loi du 29 mars 2014 prévoit que la mise en œuvre de la loi est vérifiée par le comité d'entreprise (a), puis contrôlée par le Tribunal de commerce (b).

a) La vérification par le comité d'entreprise

371- En vertu de l'article L. 2323-1 du Code du travail, le comité d'entreprise a pour rôle d'examiner toute demande de l'employeur relative à la situation économique et financière de l'entreprise. L'article L. 2323-6 du Code du travail dispose que « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ». A ce titre, lorsque l'employeur envisage de restructurer l'entreprise, il doit

³⁹⁴ CHATARD (D.), DUPIRE (R.), op. cit

faire part de cette volonté au comité d'entreprise. Cette consultation est une obligation, même lorsque le projet ne prévoit pas de réduction des effectifs.

372- Selon l'article L.1233-57-10 du Code du travail, l'employeur doit faire part au comité d'entreprise, lors de la première réunion, des renseignements justifiant le projet de fermeture en renseignant notamment « les raisons économiques, financières ou techniques du projet de fermeture (...), les actions qu'il envisage d'engager pour trouver un repreneur ».

373- Ces actions seront notamment contrôlées par le tribunal de commerce qui vérifie le caractère sérieux de ces recherches. En application de l'article L. 1233-57-14 du Code du travail, l'employeur doit informer « les repreneurs potentiels » de son projet de céder l'établissement « par tout moyen approprié ». En outre, la forme de la communication importe peu si l'employeur est en mesure de justifier le moyen utilisé. Cela va dans le sens d'une incitation renforcée à la cession de l'entreprise. D'autant plus que les salariés doivent être informés des possibilités de reprises.

374- L'article précité dispose également que « les possibilités pour les salariés de déposer une offre de reprise, les différents modèles de reprise possibles, notamment par les sociétés prévues par la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, ainsi que le droit des représentants du personnel de recourir à un expert prévu à l'article L. 1233-57-17 ». Puis, l'article L.1233-57-10 du Code du travail dans son troisièmement dispose que « les possibilités pour les salariés de déposer une offre de reprise, les différents modèles de reprises possibles, notamment par les sociétés prévues par la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, ainsi que le droit des représentants du personnel de recourir à un expert prévu à l'article L. 1233-57-17 ». L'entrée de cet article dans le Code du travail est bienvenue, puisqu'il vient donner une force supplémentaire à l'obligation de recherche d'un repreneur. L'intervention du comité d'entreprise est efficace pour les sociétés qui sont réellement en difficulté et qui souhaitent se relever.

375- Les offres de reprises doivent être étudiées par le comité d'entreprise, qui émettra un avis dans un délai de 8 jours maximum³⁹⁵. Ce dernier joue un rôle plus important dans la

³⁹⁵ art. L.1233-57-15 C. trav.

mesure où il dispose de la possibilité de rechercher aussi un repreneur en vertu de cet article et proposer des offres, s'appuyant des informations communiquées lors de la première réunion. Il peut également être aidé par un expert, qui « a pour mission d'analyser le processus de recherche d'un repreneur, sa méthodologie et son champ, d'apprécier les informations mises à la disposition des repreneurs potentiels, d'étudier les offres de reprise et d'apporter son concours à la recherche d'un repreneur par le comité d'entreprise et à l'élaboration de projets de reprise »³⁹⁶. Ainsi, le comité d'entreprise joue donc un rôle majeur dans l'application de cette obligation. Toutefois, il convient de relativiser ces propos car, lorsque l'employeur engage une négociation, ladite loi prévoit une simple consultation du comité d'entreprise.

376- L'employeur doit notifier « sans délai »³⁹⁷ tout projet de fermeture d'un établissement, et joindre les informations utiles justifiant le projet. En l'existence d'une offre, l'employeur peut soit l'accepter, soit la refuser. Dans le cadre d'une acceptation, si l'employeur souhaite conclure un contrat en vue d'une offre de reprise, il doit consulter le comité d'entreprise pour lui communiquer les raisons économiques qui ont motivés ce choix, « au regard de la capacité de l'auteur de l'offre à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement »³⁹⁸.

377- En revanche, si ce dernier refuse l'offre, l'employeur devra, comme en cas d'absence d'offre, réunir le comité d'entreprise, pour présenter un rapport, lui-même transmis à l'administration³⁹⁹. Sur ce rapport devra figurer « les actions engagées pour rechercher un repreneur; Les offres de reprise qui ont été reçues ainsi que leurs caractéristiques (...), les motifs qui l'ont conduit, le cas échéant, à refuser la cession de l'établissement ». L'on peut se demander comment sera appréhendé cet article par le comité dans le cadre d'un refus par un groupe qui souhaite liquider plutôt que céder. Le rôle du Tribunal de commerce est important pour contrôler l'application de l'obligation de recherche d'un repreneur a été respectée par l'entreprise en difficulté.

³⁹⁶ Art. L.1233-57-17 C. trav.

³⁹⁷ Art. L. 1233-57-12 C. trav.

³⁹⁸ Art. L. 1233-57-19 C. trav.

³⁹⁹ Art. L. 1233-57-20 C. trav.

b) Le contrôle par le Tribunal de commerce

378- S'il estime que l'employeur a failli à son obligation de rechercher un repreneur ou qu'il a refusé de manière injustifiée une offre potentiellement sérieuse, le comité d'entreprise peut saisir le Tribunal du commerce. En effet, les articles L. 771-1 et L. 772-2 du Code de commerce, disposent respectivement que « le comité d'entreprise peut saisir le tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social, s'il estime que l'entreprise n'a pas respecté les obligations (...), qu'elle a refusé de donner suite à une offre qu'il considère comme sérieuse » et « après avoir entendu ou dûment appelé le dirigeant de l'entreprise, les représentants du comité d'entreprise, le ministère public, le représentant de l'administration, s'il en fait la demande, ou toute autre personne dont l'audition lui paraît utile (...) ». Ce contrôle par le tribunal de commerce a pour but de vérifier si l'entreprise ne se serait pas exemptée de cette obligation pour accélérer ou détourner la procédure de licenciement, mais aussi de veiller à la possible cession de l'entreprise en l'existence d'une offre sérieuse.

379- L'on remarque qu'il existe une adaptation du droit du travail et du droit commercial dans le cadre de l'obligation de recherche d'un repreneur. L'article L.631-13 du Code de commerce dispose depuis la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle que « l'administrateur informe les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ou le représentant des salariés de la possibilité qu'ont les salariés de soumettre une ou plusieurs offres ». Il faudra attendre les répercussions de cette loi et espérer que cela soit « une riposte efficace face aux pratiques des groupes qui décident de céder, voire de cesser, les activités de filiales rentables »⁴⁰⁰. Selon M. le Professeur Paul-Henri Antonmattei, « autant la colère des salariés victimes de désindustrialisation financières est légitime, autant l'ambition politique de lutter contre de telles situations est fondée, autant la réponse législative du moment ne convainc pas »⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ AN, Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel, J.-M. Germain, prec. p.10. Etait posée la question de savoir si l'information aux salariés relative à la reprise d'entreprise représentait une riposte à la pratique des groupes.

⁴⁰¹ ANTONMATTEI (P.-H.), L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel, Dr. Soc., juin 2014 (n° 6), p. 574-576

La recherche d'un repreneur implique une cession partielle ou totale en conséquence d'une acceptation d'une offre sérieuse. Dans le cadre d'une cession partielle, la fusion, cette obligation apparaît inadaptée.

3 – L'inadaptation de l'obligation à la fusion

380- Si la cession totale est possible en cas de procédure collective, ce n'est pas le cas d'une cession partielle. Le recours à la fusion est impossible lorsque l'entreprise est en cessation de paiement, ce qui montre que la mise en œuvre de ce dispositif d'anticipation est difficile à réaliser.

381- La fusion est « l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leur patrimoine pour ne former qu'une seule société »⁴⁰². La fusion peut se faire soit par l'absorption d'une entreprise par une autre, soit par la création d'une nouvelle. Il semble que la première hypothèse est adaptée au sujet de cette thèse, car l'entreprise en difficulté peut être absorbée par une autre dans le but d'éluder une procédure collective. La fusion se fait donc en amont de toute procédure collective.

382- Si la procédure collective est engagée, l'on ne peut procéder à la reprise par la fusion. Pourtant, on sait que la fusion est un outil d'anticipation des difficultés économiques efficaces, utilisé par les groupes⁴⁰³. Ainsi, le législateur commercial devrait intervenir pour s'adapter au groupe, et lui permettre de pouvoir fusionner pendant la cessation des paiements. L'emploi serait mieux protégé dans les groupes, et l'on verrait ainsi diminuer le nombre de licenciement.

383- Force est de constater que le plan de sauvegarde de l'emploi tel que prévu par le Code du travail est relativement adapté lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective. D'un côté les délais réalistes pour sa validation sont raccourcis pour sauvegarder l'entreprise, et le plan de sauvegarde est restreint à l'entreprise ; de l'autre le plan de sauvegarde s'articulant avec un plan de cession peut être une solution pour l'entreprise faisant partie d'un

⁴⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, p. 432.

⁴⁰³ V. chapitre précédent, section III « l'incitation législative à la cession de l'entreprise ».

groupe, mais cette solution n'est réalisable que si l'entreprise n'est pas en cessation de paiement. Ces propos peuvent être renforcés par l'inadaptation de l'application de l'obligation de reclassement.

§2 - L'obligation de reclassement inadaptée pour les entreprises en difficultés

384- La modification du contrat en amont ou dans le cadre de l'obligation de reclassement⁴⁰⁴ est adaptée à une procédure collective (A) mais l'application effective de cette obligation dans ce cadre s'avère impossible à mettre en œuvre (B).

A – La modification du contrat adaptée à une procédure collective

385- Avant de reclasser, l'employeur peut soumettre aux salariés des propositions de modifications de leur contrat de travail, lorsqu'il doit faire face à des difficultés économiques. Le Code du travail fait désormais une place aux entreprises en difficultés en prévoyant la possibilité d'une telle proposition dans le cadre d'une procédure collective.

386- L'ordonnance du 12 mars 2014⁴⁰⁵ est venue apporter les conditions d'application de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, dans le cadre d'une procédure collective. Elle a ainsi créé l'article L. 1233-60-1 du Code du travail qui dispose qu'« en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour faire connaître son refus ; A défaut de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ». Ces nouvelles dispositions sont spécifiques aux procédures collectives puisque le délai de refus est de 15 jours alors que pour une entreprise qui ne fait pas l'objet d'une procédure collective, le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire part de son refus en application de l'article L. 1222-6⁴⁰⁶ du Code du travail.

⁴⁰⁴ V. infra partie I titre I chapitre ii section I §1 a de cette thèse. La modification du contrat de travail pour motifs économiques peut se faire, soit en amont du déclenchement de la procédure de licenciement, soit dans le cadre de la procédure, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de l'obligation de reclassement.

⁴⁰⁵ Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 111 ; issue de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁴⁰⁶ Cet article a d'ailleurs été modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 109 (prise en application de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des

L'impératif de célérité est là aussi pris en compte par le droit du travail depuis la loi Florange de mars 2014. Cela se justifie par le fait qu'une entreprise en difficulté a besoin de délais raccourcis pour pouvoir décider le plus rapidement si elle doit recourir à des licenciements économiques, pour sauvegarder l'entreprise. Cependant, si le groupe a recours à des restructurations stratégiques, ces délais peuvent être détournés par l'employeur pour réaliser plus de profit plus dans des délais plus favorables.

387- Si la modification du contrat de travail pour motifs économiques est adaptée en cas de procédure collective, tel n'est pas le cas dans la mise en œuvre de l'obligation de reclassement.

B - L'obligation de reclassement impossible à mettre en œuvre

388- Le droit du travail ne prend pas en compte la situation particulière de l'entreprise en difficulté, dans le cadre de l'obligation de reclassement. L'obligation de reclassement est obligatoire même pour les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire et doit être mise en œuvre par l'administrateur judiciaire pendant la période d'observation. En effet, cette obligation s'applique en vertu des articles L. 1233-58 et L.1233- 61 du Code du travail, prévoyant la mise en œuvre du plan de sauvegarde intégrant un plan de reclassement, désormais applicable pour les entreprises en difficulté. L'article L.1233-58 dispose notamment qu' « en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-4. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, réunit et consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ».

389- Ces dispositions ont été modifiées depuis la loi de sécurisation de l'emploi, et prévoient donc que l'obligation de reclassement doit être mise en œuvre dans un délai de 15 ou 21 jours

entreprises et des procédures collectives) et contient désormais un alinéa disposant que « la lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. »

selon que l'adoption du plan de sauvegarde de l'emploi se fasse par négociation ou acte unilatéral.

390- Quant à la jurisprudence, la Cour de cassation a décidé le 10 mai 1999, que le liquidateur judiciaire est tenu de satisfaire à l'obligation de reclassement⁴⁰⁷. Cette obligation est source de sécurité juridique en théorie, au regard de la multiplication de restructuration par les groupes, et la pratique de mise en cessation des paiements. Cela représente donc une protection nécessaire de l'emploi. Cependant, la mise en œuvre de cette obligation est difficile à mettre en œuvre pour une entreprise en difficulté.

391- En effet, cette difficile mise en œuvre est due à la friction de cette obligation avec le droit des procédures collectives qui prévoit une obligation de licencier dans un délai de 15 ou 21 jours en vertu de l'article L. 3253-8 du Code du travail. Il ressort que l'obligation de reclassement est assortie d'un caractère idéaliste selon la doctrine⁴⁰⁸. L'obligation de reclassement, socialement justifiée, exige du temps et des moyens, ce qui fait défaut dans les entreprises en difficulté »⁴⁰⁹.

392- Une question prioritaire de constitutionnalité avait d'ailleurs été déposée le 6 octobre 2011. La Cour de cassation devait, répondre à la question suivante : « l'article L. 641-4 du code de commerce, en ce qu'il opère un renvoi aux articles L. 1233-58 et L. 1233-60 du code du travail, impose au liquidateur judiciaire de procéder à la mise en place de mesures de reclassement préalables à tout licenciement ou de nature à les éviter, alors même qu'il se trouve dans le même temps soumis à l'obligation édictée par l'article L. 3253-8 du code du travail, de licencier les salariés dans le délai de quinze jours porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution au regard de l'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui établit le principe d'égalité du citoyen devant la loi ? »⁴¹⁰

393- Question à laquelle elle décida de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel. En outre, le liquidateur soulevait une atteinte au principe d'égalité devant la loi, en ce que les sociétés

⁴⁰⁷ Cass. Soc. 10 mai 1999, n° 97-40.060 Publication : Bulletin 1999 V N° 203 p. 149.

⁴⁰⁸ Séminaire du 14 octobre 2011, droit et procédure collective, AJDE. « Au-delà de l'inadaptation du droit social à la procédure collective, et particulièrement à la liquidation judiciaire, les intervenants ont dénoncé son caractère idéaliste. Le reclassement est un rêve », s'est exclamé Albert Arséguel ! »

⁴⁰⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Éclairage – Le droit social dans les procédures collectives : entre inadaptation, idéalisme et dévoiement !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2011 n° 5, P. 302.

⁴¹⁰ Cass. Soc., 6 oct. 2011, n°11-40.056

en liquidation sont soumises à deux obligations, alors que les sociétés *in bonis* ont seulement l'obligation de reclasser les salariés.

394- Dans le cas d'une liquidation judiciaire, appliquer à la fois l'obligation de licencier dans les délais impartis et celle de reclassement serait irréalisable. La Cour de cassation décida de ne pas transmettre cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel, considérant qu'elle ne présente pas de caractère sérieux en rappelant que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

395- Ainsi, la Cour de cassation se réfère à la distinction justifiée par l'état de liquidation judiciaire en cours, et que « cette différence est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales⁴¹¹ contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couverte par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général ». Autrement dit, l'obligation supplémentaire de licencier dans les 15 ou 21 jours selon le cas, pour les sociétés en liquidation judiciaire, est d'intérêt général.

396- Le 19 avril 2013, la Cour décida que « la situation de l'employeur en liquidation judiciaire, qui est soumis, par application combinée des articles L. 641-4 du Code de commerce et L. 3253-8 du Code du travail, à la même obligation de reclassement préalable au licenciement d'un salarié pour motif économique, que celle à laquelle est tenu un employeur *in bonis*, par application de l'article L. 1233-4 du code du travail, tout en l'obligeant à procéder au licenciement du salarié dans un délai de quinze jours de l'ouverture de la liquidation judiciaire, dès lors que cette différence est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couverte par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général »⁴¹². Cette décision récente marque l'importance que revêt l'obligation de reclassement dans la procédure de licenciement. Même si la pratique rend difficile son application, elle reste source de protection puisque le juge pourra toujours intervenir pour sanctionner l'inexécution de l'obligation.

⁴¹¹ V. article L. 3253-6 du Code du travail

⁴¹² Cass. Soc., 19 avril 2013, N° 13-40.006, relatif à une QPC

397- Lorsque le groupe a décidé de se séparer d'une filiale alors que cette dernière ne subit pas de difficultés économiques, cette inadaptation du droit du travail représente un obstacle pour l'employeur, puisque ce dernier est contraint de reclasser les salariés dans le groupe auquel il appartient⁴¹³.

398- L'article L. 2411-1 du Code du travail impose l'application du régime spécial des travailleurs protégés, même lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective. La jurisprudence confirme cette position de protection accrue même lorsque l'entreprise est en difficulté⁴¹⁴. Le rôle de l'inspecteur du travail dans ce cas va être d'étendre la vérification du reclassement dans une perspective de reprise. C'est ce qu'à préciser le Conseil d'Etat dans un arrêt du 20 mars 1996⁴¹⁵. Bien entendu, l'inspecteur devra vérifier que la société reprenneuse dispose de moyens suffisants pour la reprise d'emploi d'un salarié protégé.

399- Mme le Professeur Saint-Alary-Houin considère d'ailleurs que les mandataires judiciaires « doivent respecter la procédure de licenciement économique pour les salariés protégés-alors que la disparition de l'entreprise est scellée par le jugement de liquidation » et cela représente selon eux « une situation aberrante »⁴¹⁶. Est démontré à nouveau cette absence d'imbrication entre les deux matières. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, se contentant d'évoquer les entreprises en difficulté, n'a pas comblé l'absence de règles spéciales dans le cadre des licenciements dans les entreprises en difficultés, ce qui est source d'insécurité juridique.

⁴¹³ V. infra partie I TITRE I CHAPITRE II SECTION I §2 de cette thèse.

⁴¹⁴ Cass. Soc. 7 oct 1998, n°96-42.812. CE 31 mars 1995, n°127.847 : même en l'existence d'un plan de sauvegarde, le salarié protégé doit faire l'objet d'une attention particulière dans la recherche d'un éventuel reclassement.

⁴¹⁵ CE 20 mars 1996, n°135.167.

⁴¹⁶ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Éclairage – Le droit social dans les procédures collectives : entre inadaptation, idéalisme et dévoiement !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2011 n° 5, P. 302.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

400- Le droit des procédures collectives et le droit du travail ne sont pas harmonisés dans le cadre de la procédure de licenciements économiques. Le droit du travail anticipe les licenciements, tandis que le droit commercial autorise les licenciements présentant un caractère urgent et inévitable. Pourtant, en droit commercial ces critères sont facilement démontrables. En effet, la cessation des paiements de l'entreprise suffit pour que les licenciements soient autorisés par l'administrateur judiciaire. La prévention des licenciements s'avère donc difficile. D'une part, des délais de célérité ont été instaurés, et d'autre part, le plan de sauvegarde de l'emploi est, depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015 restreint à l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective. Lorsque ces licenciements sont envisagés dans une entreprise appartenant à un groupe, il est incohérent que la cessation des paiements légitimise les licenciements.

401- Ces dispositions sont louables lorsqu'elles s'appliquent à une entreprise n'appartenant pas à un groupe, ou lorsque le groupe rencontre de réelles difficultés économiques. En ce sens, l'obligation de reclassement ne peut pas être élargie au groupe compte tenu des délais de célérité. Il convient donc de créer un droit spécifique au groupe de sociétés en difficulté dans le cadre des licenciements économiques.

402- L'obligation de rechercher un repreneur représente une volonté d'anticipation des licenciements. Il convient d'attendre des effets de cette disposition modifiée par la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, avant d'en constater les effets quant à la prévention des licenciements dans les groupes. Il convient désormais de s'intéresser à la mise en œuvre des licenciements dans le groupe de sociétés.

- PARTIE II -

LA MISE EN OEUVRE DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE DANS LE GROUPES DE SOCIETES

403- La mise en œuvre du licenciement débute dès le déclenchement de la procédure par l'employeur jusqu'aux contentieux découlant de l'effectivité de ces licenciements. Il convient de rappeler que le point de départ de la procédure est caractérisé par l'engagement, déclenché par la convocation à la première réunion du comité d'entreprise.

404- Les règles qui régissent cette mise en œuvre sont pour partie communes aux sociétés, et pour partie spécifiques aux groupes de sociétés. C'est dans cet esprit également que seront abordés les développements suivants : le juge prend en compte la spécificité du groupe (titre II) quant à l'étude d'une contestation du licenciement économique (titre I).

- TITRE I -

LA CONTESTATION DU LICENCIEMENT DANS LE GROUPE

405- De prime abord, il convient de se demander si le salarié est protégé lorsqu'il souhaite contester son licenciement. Bien évidemment, la procédure prévoit que les organisations syndicales œuvrent pour agir en justice, garant des intérêts collectifs⁴¹⁷. Cela représente une protection importante puisqu'elles peuvent agir pour le compte des salariés qui auraient subi un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, il est question plus précisément de savoir si le droit social est garant des intérêts des salariés dans la mise en œuvre de cette contestation. Il convient de répondre de manière positive, car le juge prend en compte la spécificité du groupe pour apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement (chapitre II). En aval de cette étude, il est indispensable d'étudier les conditions d'un recours (chapitre I).

⁴¹⁷ V. *infra*

- CHAPITRE I -

LES CONDITIONS D'UN RECOURS

406- L'application de règles nationales et /ou internationales est inéluctable lorsque le groupe de sociétés est transnational, et qu'il existe un élément d'extranéité dans le contrat de travail. Certains groupes de sociétés internationaux sont amenés à externaliser pour répondre à la mondialisation de la concurrence. Ces pratiques se répercutent de façon imparable sur l'emploi. Les salariés qui contestent leur licenciement disposent, lorsqu'il n'existe aucun élément d'extranéité dans le contrat de travail, même lorsque le groupe est international⁴¹⁸, de la protection du droit du licenciement français pour ester en justice. Cependant, lorsque le contrat de travail est exécuté à l'étranger et régi par une loi étrangère, des difficultés apparaissent quant à l'application de la loi par le juge français. Le salarié peut se poser diverses questions et se demander quel juge saisir, ou quelle est la loi applicable en l'absence de clause déterminant la compétence des juridictions et la loi applicable. Par ailleurs, lorsque ce choix a été prévu, le salarié peut se demander s'il s'impose ou s'il est dérogeable. Ces questions sont déterminantes car les décisions afférentes à des contestations de licenciements économiques peuvent être très différentes, en fonctions des juridictions étatiques, mais aussi de la loi applicable. Autrement dit, l'issue de la contestation sera plus favorable au salarié si le droit français s'applique.

407- Pour répondre à ces questions, il est indispensable d'étudier les sources qui permettent aux acteurs de la procédure de contester la mise en œuvre du licenciement économique. Il n'existe pas de dispositions françaises spécifiques qui s'appliquent au groupe national dans le cadre d'un recours pour contester un licenciement. C'est le droit du licenciement qui s'applique. Les sources nationales sont applicables lorsqu'est contesté un licenciement prononcé dans un groupe national (section I). Si le groupe est international, des sources internationales vont leur être appliquées (section II).

⁴¹⁸ *A fortiori*, tel est le cas pour un groupe national.

Section I - Les sources nationales applicables au groupe national

408- Pour contester un licenciement pour motif économique, le salarié se voit appliquer des dispositions non spécifiques au groupe des sociétés (§1), car le droit français ne distingue pas, dans le cadre d'un tel recours, selon que l'entreprise fasse partie ou non d'un groupe. Le recours pourra se faire selon les cas devant la juridiction administrative ou judiciaire (§2).

§1 - L'application des dispositions non spécifiques aux groupes

409- Les dispositions nationales permettant au salarié, à une organisation syndicale ou un employeur, de contester la procédure, ou la validité du licenciement économique ne sont pas spécifique au groupe⁴¹⁹. La recevabilité du recours (A) suppose que ces acteurs agissent dans les délais impartis (B).

A- La recevabilité du recours

410- La loi régit la recevabilité des recours (1), mais la jurisprudence a eu l'occasion d'accepter la recevabilité d'autres recours (2).

1 - La recevabilité légale du recours

411- L'article L.1235-7 prévoit notamment que le salarié dispose d'un « droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement (...) ». La jurisprudence a apporté des précisions intéressantes sur les droits du salarié dans le cadre d'une contestation du licenciement économique. Selon un arrêt de la Cour de cassation en date du 30 mars 1999,

⁴¹⁹ Cette absence de spécificité relève du fait que les acteurs de la contestation sont identiques, que l'on soit ou non en présence d'un groupe de sociétés.

« les salariés licenciés pour motif économique ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L. 321-4-1 (nouvel article L. 1235-10), alinéa 2, du Code du travail »⁴²⁰, et que la saisine par le comité d'entreprise ne fait pas obstacle à ce droit de recours individuel. Le 28 novembre 2006, la Chambre sociale rappelait que « le salarié auquel ce droit était ouvert, avait donc intérêt à se prévaloir de la nullité de la procédure de licenciement collectif, sans que l'employeur puisse lui opposer le fait qu'il lui avait été proposé des mesures individuelles de reclassement »⁴²¹. Autrement dit, même lorsque l'employeur propose un reclassement au salarié, ce dernier n'est pas privé de son droit à contester le licenciement économique.

412- Cependant, tous les salariés de l'entreprise ou du groupe ne peuvent contester un licenciement économique. Selon une instruction du 19 juillet 2013, les salariés qui ont cette possibilité sont ceux « concernés par le plan de sauvegarde de l'emploi, notamment ceux désignés par l'application de l'ordre des licenciements »⁴²². Il est légitime que seuls les salariés subissant un préjudice, disposent d'un droit de recours légitime.

413- En vertu de l'article L. 1235-8 du Code du travail, « les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Le salarié en est averti, dans des conditions prévues par voie réglementaire, et ne doit pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. A l'issue de ce délai, l'organisation syndicale avertit l'employeur de son intention d'agir en justice. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ».

414- Ces dispositions signifient d'une part, que les syndicats peuvent se substituer de leur initiative pour agir en violation d'une disposition légale ou conventionnelle dans le cadre d'un licenciement économique. Mais il existe une exception résidant dans la volonté du salarié, qui peut s'y opposer dans un délai de 15 jours. Si aucune opposition n'est faite, l'employeur est averti par l'organisation syndicale.

⁴²⁰ Cass., Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.013 ; Couturier (G.), Insuffisance du plan social : les actions en nullité propres aux salariés, cass. Soc. 30 mars 1999 *Association ALEFPA*, Droit social 1999 p. 593

⁴²¹ Cass. Soc. 28 nov. 2006, n° 04-48.798

⁴²² Instr. DGEFP/DGT du 19 juillet 2013, p.6

415- Par ailleurs, une condition relative à l'action en justice est exigée en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 2132-3 du Code du travail. En effet, il dispose qu' « ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Autrement dit, ils ne peuvent représenter l'intérêt d'un seul salarié ; la Cour de cassation n'hésite pas à le rappeler aux juges du fond. En effet, la Chambre sociale a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait admis la recevabilité de l'intervention de la CFDT. Dans un arrêt rendu le 18 novembre 2009, elle déclara que « le litige relatif au manquement de l'employeur à son obligation de reclassement individuel ne portait pas atteinte aux intérêts collectifs de la profession »⁴²³. Cette solution corrobore les propos précédemment avancés.

416- Mais la liberté d'agir des syndicats est également mise à mal par le législateur dans le cadre d'une contestation de licenciements économiques devant le juge administratif. En effet, la loi pose des limites à la faculté d'agir en justice des organisations syndicales. En témoigne une décision du Tribunal administratif de Nîmes, qui a rappelé récemment dans un jugement en date du 27 novembre 2013⁴²⁴ ces limites. Cette décision a été rendue par la deuxième chambre du tribunal, qui a déclaré « manifestement irrecevable » l'action des organisations syndicales qui souhaitent contester la décision de la DIRECCTE relative à l'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ici, le juge statuant à juge unique⁴²⁵, a opposé les articles L. 1235-7-1 et L.1233-57-4 du Code du travail prévoyant respectivement que leur recours dans le délai de deux mois débute « à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L. 1233-57-4. »⁴²⁶, alors que ce dernier dispose que cette notification est prévue « si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires. »⁴²⁷. Autrement dit, les délégués syndicaux ne peuvent agir en justice que lorsque le plan de sauvegarde est issu d'une négociation collective selon les termes prévus par la loi. En l'espèce, le plan de sauvegarde avait été élaboré par l'employeur et validé par l'administration.

⁴²³ Cass., soc., 18 nov. 2009, n° 08-44.175

⁴²⁴ TA Nîmes, 27 nov. 2013, n°1302334, Union locale CGT d'Ales et sa région, ord.

⁴²⁵ En application de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative 4°, le juge peut par ordonnance, « Rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ; »

⁴²⁶ Art. L. 1235-7-1 al. 3

⁴²⁷ Art. L. 1233-57-4 al.2

417- Mme le Professeur Cesaro affirme que « cette analyse peut paraître discutable au regard des principes gouvernant l'intérêt à agir des syndicats devant le juge administratif, mais il convient de reconnaître que le tribunal administratif de Nîmes n'a fait que tirer les conséquences d'un texte maladroitement rédigé » et que l'« on peut toutefois douter que l'intention du législateur ait été de circonscrire la liste des requérants (...) »⁴²⁸. L'auteur rajoute également que si l'on interprétait le texte à la lettre, les organisations syndicales ne pourraient contester un accord qu'elles auraient préalablement refusé de signer.⁴²⁹ Ces propos méritent entièrement d'être salués au regard de la raison d'être de ces organisations, protectrices des intérêts collectifs.

418- Si l'action du comité d'entreprise n'est pas prévue par la loi, elle est par ailleurs admise par la jurisprudence.

2 - La recevabilité jurisprudentielle du recours du CE

419- Alors que la loi de sécurisation de l'emploi n'inclut pas le comité d'entreprise dans les articles L.1235-7 et suivants du Code du travail, l'on s'est demandé si le juge allait se positionner sur l'intérêt à agir de ce dernier. À l'aune de la loi sécurisation de l'emploi, des positionnements jurisprudentiels étaient largement attendus⁴³⁰.

420- Le Tribunal administratif a décidé récemment d'accepter la recevabilité de l'action du comité d'entreprise en raison de son intérêt à agir, au visa d'une instruction ministérielle. En effet, le juge administratif a décidé de donner une valeur juridique à l'instruction du 19 juillet 2013⁴³¹, qui reconnaît un intérêt à agir pour le comité d'entreprise ou les délégués du personnel. La jurisprudence a pris en compte la nécessité d'accorder une valeur juridique à

⁴²⁸ L'absence de désignation des organisations syndicales pour la notification de la décision de l'administration démontre cette affirmation.

⁴²⁹ CESARO (M.), Intérêt à agir des organisations syndicales à l'encontre d'une décision de validation ou d'homologation d'un PSE, les cahiers sociaux n°260, p.97.

⁴³⁰ MORVAN (P.), La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche, JCP S n°12, 25 mars 2014, 1108.

⁴³¹ Instr. DGEFP/DGT du 19 juillet 2013, p.6

cette instruction, sans doute pour combler la carence de la loi de sécurisation de l'emploi. En effet, par ordonnance du 13 février 2014⁴³², elle intégra un nouvel acteur susceptible d'ester en justice dans le cadre d'une décision de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le juge administratif justifie sa décision par le fait que le comité d'entreprise est « obligatoirement associé à la procédure de licenciement pour motif économique ». Cette solution va à l'encontre des articles L. 1235-7 et suivants, qui permettent seulement au salarié, à l'employeur et aux organisations syndicales de faire un recours, en raison de leur intérêt à agir. Mais cette solution est opportune, car rien ne démontre que la volonté du législateur était de restreindre la liste des acteurs ayant un intérêt à agir.

421- Pour corroborer ces propos, le 22 avril 2014⁴³³, le Tribunal administratif a confirmé cette jurisprudence, pour les raisons précédemment citées, et a admis la recevabilité d'un recours du comité central d'entreprise contre une décision d'homologation d'un acte unilatéral⁴³⁴. Selon les termes employés par Mme le Professeur Cesaro, ces décisions démontrent que les textes ont été « maladroitement rédigés »⁴³⁵. Les représentants du personnel ont donc la faculté d'ester en justice pour contester un licenciement économique, que l'on soit ou non en présence d'un groupe. Bien entendu, l'action ne peut être recevable que dans le respect des délais impartis.

B - Des délais de prescription non protecteurs de l'emploi

422- Les délais de prescription de droit commun ont été raccourcis (1) et l'on peut dire que ceci ne va pas dans le sens d'une protection de l'emploi⁴³⁶. Les délais spéciaux (2) prévus dans le cadre d'un licenciement collectif n'en sont pas plus protecteurs.

⁴³² TA Cergy-Pontoise, 13 févr. 2014, n°1400713

⁴³³ TA Cergy-Pontoise, 22 avr. 2014, n°1400714, Comité central d'entreprise Heinz France SAS.

⁴³⁴ V. *supra* le référé suspension admis dans cette décision.

⁴³⁵ V. *supra*, cah.soc., n°260, p.97 : termes employés par le Professeur Cesaro, qui affirmait que les textes étaient maladroitement rédigés au regard de l'intérêt à agir des organisations syndicales.

⁴³⁶ Selon M. le Professeur Icard, « la prescription constitue indéniablement l'un des moyens utilisés par le droit positif pour exclure le contrôle judiciaire lors de la rupture du contrat de travail », in ICARD (J.), Economie de la loi de sécurisation de l'emploi, « compromis historique » ou énième concession à l'économicisme, cahiers sociaux n°254, juillet 2013, p.279.

1 - Des délais de droit commun raccourcis

423- La loi du 18 janvier 2005 a institué des délais de prescription quant à la saisine du juge pour contester un licenciement pour motif économique. Avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le délai de prescription de droit commun était de 5 ans pour toute rupture du contrat de travail. Elle est désormais de deux ans. En effet, l'article L. 1471-1 du Code du travail dispose que « toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». Se pose alors la question du point de départ de cette prescription.

424- Selon M. le Professeur Gauriau, rappelant que ce point de départ est d'origine prétorienne⁴³⁷, « cette disposition renvoie tout naturellement au pouvoir d'appréciation du juge, afin de mesurer si le titulaire du droit connaissait ou ne pouvait ignorer les faits lui permettant d'agir »⁴³⁸. Même si ce court délai ne représente pas une protection pour le salarié qui dispose seulement de deux ans pour contester son licenciement, le point de départ marque la volonté du législateur d'étendre ce délai lorsque le salarié n'a pas eu connaissance des faits à l'origine d'une contestation. Cependant, des délais spéciaux relatifs à la rupture pour motif économique sont prévus.

2 - Des délais spéciaux raccourcis

425- Dans le cadre d'une contestation sur la régularité ou la validité du licenciement, le délai est de 12 mois (a), et lorsque le litige porte sur le plan de sauvegarde de l'emploi, ce délai est de deux mois (b).

⁴³⁷ Cass. Soc., 1^{er} avr. 1997, n° 94-43.381

⁴³⁸ GAURIAU (B.) La diminution des délais de prescriptions, Dr. soc. 2013 p. 833

a) Un délai de 12 mois dans le cadre d'une contestation sur la régularité ou la validité du licenciement

426- L'article L. 1237-7 alinéa 1 du Code du travail dispose que « toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci (...) ». L'on s'aperçoit donc que les organisations syndicales et le comité d'entreprise⁴³⁹ ont un droit de contestation se différenciant de celui du salarié, dans sa mise en œuvre, parce que le point de départ n'est pas le même, selon les cas. Cependant, l'expression « régularité ou validité du licenciement » a une signification manifestement incertaine, car on pourrait l'interpréter de manière très large, en englobant les contestations sur les licenciements individuels et collectifs ; mais aussi sur les contestations relatives à la procédure et à la cause économique.

427- La Cour de cassation avait interprété cet article le 15 juin 2010 et avait décidé que « le délai de douze mois n'est applicable qu'aux contestations de nature à entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique, en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi »⁴⁴⁰. Cela signifie que ce court délai ne visait pas les litiges relatifs aux licenciements sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, le juge opérait une distinction entre les litiges relatifs à la contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, et celui de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi⁴⁴¹. Or, cette jurisprudence n'est plus applicable depuis la loi de sécurisation de l'emploi qui prévoit que les litiges relatifs à l'homologation ou la validation d'un plan de

⁴³⁹ V. *supra*

⁴⁴⁰ FABRE (A.), Délais de saisine du juge en matière de licenciement économique : la Cour de cassation limite la prescription d'un an, Soc. 15 juin 2010, n° 09-65.062 et 09-65.064, RDT 2010 p. 512

⁴⁴¹ Cette solution avait été confirmée dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 7 juin 2011 qui déclarait que « l'article L. 1235-7 du code du travail n'est applicable qu'aux procédures de licenciement collectif pour motif économique imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi et que le délai de douze mois prévu par son second alinéa ne concerne que les actions mettant en cause la régularité de la procédure relative au plan de sauvegarde de l'emploi ou susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un tel plan ». ⁴⁴¹ Cette jurisprudence démontre que ce délai ne peut être applicable lorsque l'irrégularité soulevée porte sur la cause réelle et sérieuse du licenciement.

sauvegarde de l'emploi ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui du plan en lui-même⁴⁴².

428- Le point de départ du délai de prescription est régi par l'alinéa 3 de l'article L. 1235-7 du Code du travail. D'une part, les syndicats peuvent contester le licenciement⁴⁴³, le délai court à compter de la dernière réunion. D'autre part, lorsque le salarié conteste son licenciement, le point de départ du délai de prescription court à compter de la notification du licenciement économique.

429- L'article L. 1237-7 dispose également que « ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement ». Cette condition vient protéger le salarié, puisque l'omission volontaire ou non de cette possibilité d'action en justice dans les délais impartis, donnerait droit à contestation au-delà de la prescription.

430- Lorsque le salarié, l'organisation syndicale ou l'employeur souhaitent contester la procédure du plan de sauvegarde de l'emploi, le délai de prescription n'est pas le même.

b) Un délai de 2 mois pour les contestations liées au PSE

431- En vertu de l'article L. 1235-10 du Code du travail, la contestation relative à l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi est possible. Ce délai était de 12 mois, avant la loi de sécurisation de l'emploi, lorsque la contestation était relative à l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Aujourd'hui, le délai de prescription est de deux mois en vertu de l'article L. 1235-7-1 alinéa 3 du Code du travail. Cette exigence s'applique pour toutes les contestations afférentes au plan de sauvegarde de l'emploi, c'est-à-dire sur la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise, les critères fixant l'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements et les catégories professionnelles visées.

⁴⁴² Art. L. 1235-7-1 alinéa 1 C. trav. ; V. *infra* sur la compétence des juridictions administratives.

⁴⁴³ V. *infra* sur les limites de cette faculté d'agir.

432- Selon ce même article, le délai court « à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L. 1233-57-4 ». Selon l'article L. 1233-57-4 alinéa 4 du Code du travail, la décision de validation ou d'homologation, ou de refus leur est communiquée « par voie d'affichage sur leurs lieux de travail ou par tout autre moyen permettant de conférer date certaine à cette information ». L'expression tout autre moyen peut soulever diverses possibilités de communication. Il semble que l'employeur pourrait envoyer un message électronique à tous les salariés concernés par le plan de sauvegarde de l'emploi, ou remettre un document écrit en main propre ou par courrier. Concernant le silence gardé par l'administration valant acceptation du plan, l'article L. 1233-57-4 alinéa 3 prévoit que « dans ce cas, l'employeur transmet une copie de la demande de validation ou d'homologation, accompagnée de son accusé de réception par l'administration, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires ». En outre, le délai commence à courir dès que les salariés seront renseignés par voie d'affichage ou tout autre moyen.

433- Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, les juridictions administratives et judiciaires sont compétentes, selon l'objet du litige.

§2 – La répartition du contentieux entre les juridictions administratives et judiciaires

434- Après la suppression de l'autorisation administrative dans la procédure de licenciement économique, l'intégralité du contentieux afférent au licenciement économique est confiée au juge judiciaire. Ce dernier était compétent pour traiter des contestations relatives au plan de sauvegarde de l'emploi et de celles relative à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Depuis la loi de sécurisation professionnelle, le législateur distingue la contestation relative au licenciement pour octroyer la compétence, soit au juge administratif, soit au juge judiciaire. Désormais le juge administratif est compétent pour traiter du contentieux relatif à la procédure de licenciement économique avant sa notification (A), tandis que le juge judiciaire reste compétent pour les litiges *post* licenciement (B).

A- La compétence du juge administratif avant notification du licenciement

435- Avant la loi de sécurisation de l'emploi, le juge administratif était compétent pour se prononcer sur la contestation du licenciement d'un salarié protégé. Désormais, sa compétence est élargie à toute la procédure afférente au plan de sauvegarde de l'emploi, avant la notification des licenciements économiques. Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, la compétence des juridictions judiciaires a été transférée aux juridictions administratives, dans le cadre d'une contestation relative à un plan de sauvegarde de l'emploi avant la notification du licenciement.

436- Le recours doit être porté devant le tribunal administratif lorsque l'un des acteurs de la procédure souhaite contester la validation ou l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi et / ou la régularité de la procédure. En effet, l'article L. 1235-7-1 alinéa 1 du Code du travail dispose que « l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4 ».

437- Cette disposition signifie d'une part, que le juge administratif est compétent pour statuer sur les litiges relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi, établi par acte unilatéral ou accord, au contenu du plan, aux injonctions afférentes au plan, ainsi que la régularité de la procédure de licenciement dans le cadre de ce plan. Concernant la régularité de la procédure, le litige peut porter sur l'information et la consultation des représentants du personnel, l'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements, et le nombre de salariés visés par le plan ainsi que leur catégorie professionnelle. D'autre part, cet article retire la compétence au juge judiciaire en la matière, par la formulation « ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct », pour octroyer la compétence exclusive au juge administratif. L'alinéa 2 de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail corrobore cette passation de compétence, car il prévoit que les litiges relatifs à la validation ou l'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi « relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux ». Le juge administratif doit désormais vérifier que la procédure

de licenciement collectif est respectée, en cas de litige, avant la notification des licenciements. Ce transfert de compétence a eu lieu le 1^{er} juillet 2013⁴⁴⁴. Le juge des référés peut donc suspendre la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, afin de renforcer l'efficacité de prévention des licenciements économique, et le respect de cette procédure.

438- Le rôle du juge des référés est indispensable en ce qu'il dispose du pouvoir de suspendre la procédure en présence d'une irrégularité.⁴⁴⁵ Ce recours est possible à condition de respecter le délai de 12 mois⁴⁴⁶ en ce qui concerne l'irrégularité de la consultation et d'information des représentants du personnel.

439- Le tribunal administratif a admis la suspension⁴⁴⁷ lors d'une demande en annulation formulée par le comité central d'entreprise, des salariés et une organisation syndicale. La demande de suspension fût acceptée le 7 février 2014⁴⁴⁸. Cette décision est relative à la contestation d'une homologation d'un document unilatéral d'un employeur faisant partie d'un groupe de sociétés. Le groupe Heinz avait recours à des restructurations de ses filiales, et avait adressé des informations économiques englobant les sociétés du groupe situées en Europe, alors que d'autres sociétés étaient implantées dans le monde. Le juge fonda « son doute sérieux quant à la légalité de la décision », sur « l'insuffisance » des informations communiquées, eu égard au fait que la société faisait partie d'un groupe mondial. En ce sens, les informations transmises auraient dû prendre en compte ce périmètre. Devant statuer dans les trois mois⁴⁴⁹, le tribunal administratif a rendu sa décision le 22 avril 2014, faisant droit à la demande d'annulation de la décision d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi⁴⁵⁰. Cette décision démontre que le rôle du juge administratif est essentiel, car il intervient de manière préventive pour protéger l'emploi. De plus, les groupes de sociétés sont pris en compte par ce dernier, qui n'hésite pas à sanctionner l'employeur lorsque la situation

⁴⁴⁴ Article 18, XXXIII, de la loi du 14 juin 2013

⁴⁴⁵ Soc 9 mai 2000, bull V n°172, à propos d'une défaillance dans l'information et la consultation des représentants du personnel. Le juge judiciaire était compétent à cette période pour traiter ce litige.

⁴⁴⁶ Soc 15 juin 2010, RDT 2010-515, obs.Fabre, Dr.Ouv2010-675 ; JCP 2010 1413, obs.P.Morvan

⁴⁴⁷ Une demande devant le juge des référés pour une suspension d'une décision suppose que la condition d'urgence soit remplie en vertu de l'article L.521-1 du CJA. Selon le CE, cette condition doit être appréciée au cas par cas, CE 21 févr. 2014, n°374409, Comité d'entreprise de la Sté IPL Atlantique.

⁴⁴⁸ TA Cergy-Pontoise, 7 févr. 2014, préc.

⁴⁴⁹ L'alinéa 4 de l'article L. 1235-7-1 du C.trav. prévoit que « Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai, il ne s'est pas prononcé ou en cas d'appel, le litige est porté devant la cour administrative d'appel, qui statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai, elle ne s'est pas prononcée ou en cas de pourvoi en cassation, le litige est porté devant le Conseil d'Etat ».

⁴⁵⁰ TA Cergy-Pontoise, 22 avr. 2014, préc. V. *supra* sur « les sanctions adaptées », titre II, chapitre II de cette partie.

réelle du groupe n'est pas communiquée. La nouvelle compétence du juge administratif devient indispensable et démontre une fois encore que la procéduralisation⁴⁵¹ des licenciements est orientée vers leur prévention. Cependant, lorsque les licenciements ont été notifiés, le recours doit être présenté devant le juge judiciaire.

B - La compétence du juge judiciaire *post* notification du licenciement

440- Avant la loi de sécurisation de l'emploi, le juge judiciaire était compétent pour connaître des litiges afférents au plan de sauvegarde de l'emploi, et à la régularité de la procédure. Désormais, le juge prud'homal dispose de la compétence exclusive du contentieux relatif à la cause réelle et sérieuse du licenciement économique, pour vérifier le motif économique⁴⁵². Dans ce cadre, il doit également d'une part, traiter des litiges relatifs à des licenciements prononcés en l'absence d'homologation ou de validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; d'autre part, lorsque les licenciements ont été prononcés alors qu'une décision administrative était nulle, ou que le plan n'a pas été respecté en vertu de l'article L. 1235-10 et suivants du Code du travail⁴⁵³. De plus, le juge judiciaire se prononce sur la régularité de la procédure des entreprises qui n'ont pas l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

441- Dans le cadre d'un recours en référé devant le juge judiciaire, il faut interpréter *a contrario* l'article L. 1235-7-1 du Code du travail⁴⁵⁴. Le juge des référés de l'ordre judiciaire est donc compétent pour des litiges ayant trait à la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi par l'employeur, au regard du principe d'égalité de traitement, de l'obligation de reclassement et la mise en œuvre de l'ordre des licenciements⁴⁵⁵. Il l'est également en application de ce raisonnement, lorsque l'entreprise qui a recours à des licenciements économiques, n'est pas soumise à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, et

⁴⁵¹ V. *supra* partie I, titre I « la procéduralisation ».

⁴⁵² V. *infra* sur le motif économique, chapitre II « la cause réelle et sérieuse du licenciement spécifique au groupe », partie II Titre I.

⁴⁵³ V. *infra* sur les sanctions applicable dans le cadre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, « les sanctions adaptées », *prec.*

⁴⁵⁴ V. *infra* sur la compétence des juridictions administratives.

⁴⁵⁵ LS, 2014 n°2749, p.1294

cela pour toutes les contestations découlant de la procédure, comme celles relatives au caractère réel et sérieux du licenciement.

442- Ces dispositions nationales peuvent également être appliquées à un groupe international, à la condition qu'il ne résulte aucune difficulté de conflit de loi, et de compétence du juge. Car la complexité quant à l'application de la loi, ou de la détermination du juge compétent, réside dans l'application des sources internationales.

Section II - Les sources internationales applicables au groupe transnational

443- L'on s'est demandé si les sources internationales avaient créé un droit des groupes internationaux, pour régler certains conflits de loi ou de compétences. Question à laquelle M. le Professeur Pataut a répondu par la négative, affirmant sa déception⁴⁵⁶ à la lecture de la directive du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs⁴⁵⁷, en ce qu'elles ne créaient pas de droit des groupes transnationaux.

444- Le droit international privé intervient d'une part pour déterminer la loi applicable lorsqu'il y a un conflit de loi (§1), et d'autre part pour déterminer la compétence d'un tribunal s'il existe un conflit de juridiction (§2).

§1 - L'existence d'un conflit de loi

445- Lorsqu'il y a un conflit de loi dans le cadre d'un litige international, il est indispensable de déterminer la loi applicable aux obligations contractuelles (A), et non contractuelles (B).

A - La détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles

446- Le juge français peut appliquer la loi de son pays ou celle d'un autre selon la situation. Dans le cadre d'un conflit de loi, les conventions de Rome et Rome I sont un support nécessaire pour le juge qui doit apprécier si telle ou telle loi est applicable dans une situation

⁴⁵⁶ PATAUT (E.), Le licenciement des groupes internationaux de sociétés, aspect de droit international privé et de droit de l'Union européenne, revue du droit du travail 2011 p.14. Cet auteur affirme que la lecture des directives existantes « s'avère décevante non seulement parce les obligations qu'elles posent sont peu contraignantes mais encore parce que, malgré leur source, elles ne concernent pas spécifiquement les groupes internationaux d'entreprises ».

⁴⁵⁷ Directive 98/59/CE, Journal officiel n° L 225 du 12/08/1998 p. 0016 - 0021

particulière. De ces conventions découlent le principe de la liberté de choix de la loi applicable (1), la loi de police permettant d'écarter la loi d'autonomie (2).

1 - Le principe de la loi d'autonomie limité par la clause d'exception

447- La convention de Rome du 17 juin 1980 est applicable aux contrats antérieurs au 17 décembre 2009. L'article 3- 1 de la convention de Rome du 17 juin 1980, dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». En outre, lorsque les parties choisissent l'application de la loi d'un pays, elles doivent, soit faire apparaître une clause expresse déterminant la loi applicable dans le cadre d'une rupture de contrat ; à défaut, la loi applicable doit être déduite de manière inéluctable des dispositions du contrat de travail, notamment par des faisceaux d'indices⁴⁵⁸, ou « des circonstances de la cause ». Cette dernière expression marque l'absence de choix des parties quant au choix de la loi applicable.

448- L'article 6-1 de la Convention de Rome dispose notamment que « le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix ». Cela signifie d'une part que l'existence d'un choix par les parties d'une loi applicable ne peut porter atteinte aux dispositions impératives du pays applicables en l'absence de choix ; d'autre part, la règle de conflit déterminant la loi à défaut de choix doit être interprétée de manière à ce qu'elle soit plus favorable au salarié⁴⁵⁹. Autrement dit, la loi d'autonomie ne s'applique généralement que lorsqu'elle est plus avantageuse pour ce dernier.

⁴⁵⁸ Des faisceaux d'indices tels que le choix de la langue pour la rédaction du contrat, le renvoi à des dispositions d'un droit étatique, le lieu de conclusion du contrat, l'affiliation à un régime de sécurité sociale, etc...

⁴⁵⁹ Cependant, cette interprétation ne sera pas « systématiquement » en faveur du salarié. V. *infra* décision de la CJUE du 12 sept. 2013.

449- L'article 6-2 de la Convention de Rome régit les contrats individuels de travail dans le cadre d'une absence de détermination de la loi applicable au contrat. Il prévoit que la loi applicable est celle du lieu où est exécuté le contrat de travail⁴⁶⁰, ou à défaut de détermination d'un lieu habituel, c'est la loi du pays où est situé l'établissement qui a embauché le salarié⁴⁶¹. Le principe est donc d'appliquer la loi du lieu d'exécution habituelle du contrat. Cet article dispose également que ces critères de détermination sont applicables, « à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable »⁴⁶². Autrement dit, le juge peut, en vertu de cette clause d'exception, décider d'appliquer la loi du pays qui lui paraît être la plus liée au contrat de travail⁴⁶³ et d'écarter le critère de principe qui est le lieu d'exécution du contrat.

450- En ce qui concerne l'application de clause d'exception, un arrêt « Schlecker » de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 12 septembre 2013⁴⁶⁴, a rendu une décision relativisant la pertinence du critère du lieu d'exécution habituelle du contrat⁴⁶⁵. Dans cette décision, les juges de la Cour de cassation néerlandaise ont posé une question préjudicielle à la Cour : dans quelles circonstances peut-on écarter le critère du lieu d'exécution du travail au profit de la situation qui présente les liens les plus étroits avec le contrat de travail, pour déterminer la loi applicable⁴⁶⁶ ? Les juges néerlandais ont dû faire face à un argument judiciaire, tiré de la clause d'exception de l'article 6 de la Convention de Rome prônant l'application de la loi du pays qui présente le lien le plus étroit avec le contrat⁴⁶⁷. Comment devaient-ils interpréter cet article ? Fallait-il appliquer la loi néerlandaise, lieu du travail

⁴⁶⁰ Art. 6 a) de la convention de Rome.

⁴⁶¹ Art. 6 b) de la convention de Rome.

⁴⁶² Cet article a été repris par la Convention de Rome II, figurant à l'article 8.

⁴⁶³ Également appelé le critère de proximité.

⁴⁶⁴ CJUE 12 SEPT. 2013, n° C-64/12. En l'espèce, une salariée travaillant depuis 12 ans pour la société Schlecker aux Pays-Bas contestait le changement de lieu de travail par son employeur, qui a supprimé son poste et lui en a proposé un, situé en Allemagne. La salariée contestait la modification unilatérale du contrat illégale au regard du droit néerlandais, alors que l'employeur se prévalait du droit allemand pour justifier de plein droit cet acte unilatéral.

⁴⁶⁵ JAULT- SESEKE (F.), REMY (P.), À Propos, CJUE 12 sept. 2013, n° C-64/12 et 18 juill. 2013, n° C-426/11, Revue de droit du travail 2013 p. 785

⁴⁶⁶ Aucune loi n'avait été choisie par les parties lors de la conclusion du contrat, mais la difficulté aurait été la même en présence de ce choix, car le choix ne doit pas priver le salarié de la protection des règles impératives étatiques.

⁴⁶⁷ V. *infra* article 6 de la Convention de Rome « (...) à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable » également repris par l'article 8 de la Convention Rome I.

accompli habituellement, ou la loi allemande, présentant des liens étroits⁴⁶⁸ avec le contrat de travail ? La Cour de justice décide que la clause d'exception doit être appliquée, et donc d'appliquer la loi allemande et d'écarter le critère de principe du lieu d'accomplissement du travail.

451- Cette solution n'est pas protectrice du salarié en ce que la loi allemande est moins protectrice, ce qui est critiquable, dans ce cas d'espèce. Cependant sa portée peut se révéler protectrice du salarié, pour des conflits de loi ultérieurs. En effet, Mme le Professeur Jault-Sesekeen soulève avec pertinence que la clause d'exception, reprise à l'article 8-4 de la Convention de Rome I à l'identique, alors que l'article 4-3, relatif à la clause d'exception générale, de cette même convention exige que cette clause soit appliquée lorsque « le contrat présente des liens manifestement plus étroits ». L'interprétation de cet auteur est intéressante, puisqu'elle exprime la possible volonté du législateur européen d'assurer la protection du travailleur⁴⁶⁹. De plus, Mme le Professeur Jault-Sesekeen expose que « cette situation pouvait se rencontrer lorsque le salarié travaille pour différentes filiales d'un groupe (...) ».

452- Le règlement Rome I du 17 juin 2008⁴⁷⁰ est applicable aux obligations contractuelles aux contrats postérieurs au 17 décembre 2009. Il remplace la convention de Rome de 1980, et apporte quelques changements, notamment sur la loi de police. En effet, l'article 3-3 dispose que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». La convention de Rome du 19 juin 1980 prévoyait l'impossibilité de déroger aux règles impératives du pays qui est lié étroitement à la situation, et de « porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat »⁴⁷¹. La comparaison indique que même l'accord ne permet de déroger aux lois de police de cet autre pays, pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009. Ces règlements font primer les règles impératives du pays ayant un lien étroit avec le contrat, sur la volonté des parties, et cela dans une volonté de protection de la partie faible, le salarié. En effet, c'est souvent

⁴⁶⁸ En l'espèce, elle soulève des éléments permettant de dégager le critère de proximité permettant lui-même d'appliquer la loi du pays, issu de la clause d'exception : le lieu d'acquiescement des impôts, celui de l'affiliation à la sécurité sociale, et les paramètres liés à la fixation des salaires et aux autres conditions de travail.

⁴⁶⁹ A propos. V. *infra*.

⁴⁷⁰ RÈGLEMENT (CE) N° 593/2008 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL.

⁴⁷¹ Article 3-3 de la Convention de Rome.

l'employeur qui décide de la loi applicable lors de la conclusion du contrat, et le salarié, en position de dépendance économique, n'a d'autre choix que d'accepter.

453- Outre la clause d'exception, une autre disposition permet d'écarter la loi choisie par les contractants. C'est l'application de la loi de police⁴⁷².

2 - La loi de police permettant d'écarter la loi d'autonomie

454- Les conventions Rome et Rome I prônent l'application « des règles impératives »⁴⁷³ étatiques qui ont un lien étroit avec le contrat de travail. Cette affirmation peut être corroborée par les dispositions des articles 9-2 et 9-3 de la Convention Rome I prévoyant que « les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi » et qu' « il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application »⁴⁷⁴. Cela signifie que le juge pourra, à sa libre appréciation, ériger une disposition étatique au rang de lois de police, si les effets sur le litige lui paraissent légitimes et adéquats. Le juge s'assurera donc que les dispositions impératives sont plus favorables au salarié en appliquant la loi de police.

455- L'absence de choix par les parties et la difficulté quant à la détermination de la loi applicable dans un litige international peuvent être illustrée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 décembre 2012. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la loi

⁴⁷² La définition de la loi de police est régie par l'article 9-1 de la Convention de Rome I disposant qu' « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

⁴⁷³ Art.3-3 de la Convention de Rome disposant que « le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».

⁴⁷⁴ L'article 7 de la Convention applicable au contrat antérieur au 17 décembre 2009 prévoit que « les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

française ou allemande devait s'appliquer dans le cadre d'une contestation de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement individuel pour motif économique. La difficulté résidait dans le fait que le contrat était exécuté en Allemagne par le salarié, et qu'il comportait des indices desquels on pouvait inférer l'application de la loi Française. Le salarié résidait en France et la société était française. La cour d'appel⁴⁷⁵ s'était fondée sur l'article 6-2 de la Convention de Rome disposant que la loi applicable est celle « du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ». Autrement dit, l'exécution du contrat de travail était soumise à la loi allemande. Cependant, elle retient que ce n'est pas le cas de la rupture du contrat. La Cour de cassation, décide que la procédure de licenciement économique du droit français devait s'imposer, au regard de l'article 3 de la Convention de Rome qui prévoit que la loi peut s'appliquer à une partie seulement du contrat ; que les circonstances de la cause permettaient d'inférer que la rupture du contrat était soumise aux règles du droit français. En l'espèce, l'employeur avait appliqué le droit du licenciement économique français, et le fait que salarié ait revendiqué cette application démontrait son accord, mais surtout le lien étroit que représente cette situation avec la loi française. Par la détermination du lien étroit⁴⁷⁶, exigé par la Convention de Rome, le juge peut appliquer la loi impérative dite loi de police. La Haute Cour écarte donc l'application de la loi étrangère au profit de la loi de police pour décider que la rupture du contrat était soumise au droit du licenciement économique français.

456- Dans cette même affaire, la Cour de cassation rejette le pourvoi⁴⁷⁷, mais le raisonnement était plus simple : c'était la loi d'autonomie qui était retenue. La Chambre sociale décida que : « la cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait engagé la procédure de licenciement économique de M. X... selon les règles du droit français et avait déterminé les droits du salarié licencié par application de ce même droit, ce que le salarié avait accepté en revendiquant cette même application, elle a pu, par ces seuls motifs, décider qu'il résultait de façon certaine des circonstances de la cause que les parties avaient choisi de soumettre la rupture de leur contrat de travail aux règles du droit français peu important que ce contrat fut en principe régi par le

⁴⁷⁵ CA Colmar, 9 juin 2011, n°10/2652. La cour d'appel décida que le licenciement était privé de cause réelle et sérieuse, et alloua des dommages et intérêts, figurant sur le passif de la société et garantie par l'AGS.

⁴⁷⁶ En l'espèce le lien étroit entre la situation et la loi française était la domiciliation du salarié en France, la société était française, et l'employeur avait appliqué le droit du licenciement économique français, choix non contesté par le salarié.

⁴⁷⁷ Arrêt démontrant un caractère audacieux par son interprétation assurant une protection maximale du salarié selon M. David Jacotot : De l'institution compétente pour le paiement de la garantie des salaires dans une faillite internationale, revue crit. Du droit international privé 2013, p.518

droit allemand en tant que loi du lieu d'accomplissement du travail »⁴⁷⁸. La volonté des contractants quant au choix de la loi applicable à la rupture du contrat, découlant des circonstances de la cause donne lieu à l'application de ce droit étatique. En l'espèce, les circonstances de la cause étaient l'absence de volonté du salarié d'écarter l'application du droit français, qui de surcroît revendiquait cette application. La loi d'autonomie est donc celle qui est applicable.

457- La société en question ne faisait pas partie d'un groupe, cependant cette jurisprudence peut être largement transposable au groupe, car les conventions Rome et Rome I ne font aucune distinction, elles traitent de la loi applicable aux obligations contractuelles. Dans le cadre d'un litige afférent aux obligations non contractuelles, le règlement Rome 2 est applicable.

B – La détermination de la loi applicable aux obligations non contractuelles

458- Lorsqu'un recours en responsabilité délictuelle⁴⁷⁹ est émis, seules les juridictions judiciaires peuvent être saisies du litige. Ce n'est pas le conseil des prud'hommes qui est compétent, mais le Tribunal de Grande instance en la matière.

459- Le règlement Rome II du 11 juillet 2007⁴⁸⁰ est applicable aux obligations non contractuelles, et remplace la Convention de Bruxelles du 22 décembre 2000⁴⁸¹. Dans un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Péronne en date du 18 juillet 2009, l'application de ce règlement a donné compétence au tribunal du lieu du préjudice subi. Dans cette célèbre affaire Flodor, le Tribunal a appliqué le règlement Rome II pour se déclarer compétent afin de juger le litige relatif à la responsabilité délictuelle d'un groupe, mais aussi pour appliquer la loi française. Un extrait de cette décision est intéressant :

⁴⁷⁸ Cass., soc. 4 déc. 2012 ; Contrat de travail international : garantie de l'AGS et loi applicable, D.2013, 691.

⁴⁷⁹ La responsabilité délictuelle peut être un fondement pour attirer la société mère lorsqu'elle a commis une faute conduisant aux licenciements. L'article 1382 du Code civil est applicable dans un groupe de sociétés en l'absence de conflit de loi ; sur ce point, V. *infra*, titre II de cette partie, chapitre I, section II

⁴⁸⁰ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

⁴⁸¹ Règlement n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

« sur l'applicabilité des articles L. 1233-61 et L. 1235-10 du Code du travail aux sociétés de droit étranger.

Attendu que le non-respect d'une obligation légale ouvre aux victimes une action en responsabilité délictuelle, dès lors qu'aucune convention ne relie les victimes de cette faute, avec le débiteur de l'obligation légale violée ; Attendu que l'article 5/3 du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 précise qu'en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite en Justice dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ; Que le Tribunal ainsi saisi applique à l'action en réparation délictuelle la loi du lieu "où le fait dommageable s'est produit" ; Attendu qu'en l'espèce il n'est pas contesté que les demandeurs ne disposaient d'aucun lien contractuel avec les sociétés défenderesses, les demandeurs n'étant salariés que de la seule société Péronne Industrie ; Que dès lors leur action relève de la seule responsabilité délictuelle ; Qu'en conséquence il a été jugé que le juge français était compétent pour connaître des demandes ;

Attendu que le plan de sauvegarde de l'emploi auquel les sociétés défenderesses devaient intervenir a été créé et porte effets en France, pays de domiciliation de la société Péronne Industrie ; Qu'il s'ensuit nécessairement que le "fait dommageable" consistant à ne pas intervenir dans l'élaboration du plan social réalise ses effets en France lieu d'élaboration et d'exécution des mesures contenues dans le plan social ; Que dès lors les demandes en responsabilité délictuelle sont soumises à Loi française ;

Qu'en conséquence les sociétés défenderesses peuvent se voir opposer les dispositions des articles L. 1233-61 et L. 1235-10 du Code du travail français. [...]. »⁴⁸².

460- En outre, dans le cadre d'un recours en responsabilité délictuelle dans un groupe international, le tribunal compétent est celui du lieu du dommage subi, et la loi applicable est celle du lieu des effets découlant du fait dommageable. C'est la portée de cette jurisprudence. Si l'on étudie cette solution de plus près, on s'aperçoit que le juge français semble assoir son raisonnement en deux étapes pour parvenir à la décision souhaitée : d'une part, il se déclare compétent en vertu de l'article 5/3 du règlement du 22 décembre 2000 car le fait dommageable s'est produit en France ; d'autre part, les effets du plan de sauvegarde se produisent en France compte tenu du fait que la société employeur soit domiciliée en France.

⁴⁸² Affaire Flordor, TGI Péronne, RG n° 07/856, 18 août 2009.

Le juge utilise à bon droit cette disposition européenne pour protéger les intérêts du salarié français, partie faible au contrat, afin de sanctionner le manquement à cette obligation par la nullité du licenciement⁴⁸³.

461- Si le recours à cette disposition européenne permet facilement au juge de se déclarer compétent en matière délictuelle, la détermination de la compétence du juge étatique en matière contractuelle est difficile.

§2 - La difficulté de détermination de la compétence française

462- Lorsqu'il existe un élément d'extranéité dans le contrat de travail, il peut arriver qu'il y ait un conflit de compétence. Pour déterminer la compétence du juge, il faut se référer au lieu de travail effectif (A), sauf à considérer que la société mère est assimilée à l'employeur (B.)

A - Le critère de détermination de l'effectivité du lieu de travail accompli

463- La Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁴⁸⁴ est en principe applicable dans le cadre d'un litige impliquant un contrat international. Cette Convention remplace l'ancienne, datant du 16 septembre 1988⁴⁸⁵.

464- On ne peut déroger aux règles impératives du droit français⁴⁸⁶. Par conséquent, les conventions internationales ne peuvent être applicables. L'article R. 1412-1 du Code du travail dispose que « l'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le conseil

⁴⁸³ V. *infra*, titre II de cette partie, chapitre II, section II, « La nullité fondée sur l'insuffisance ou l'absence du plan de sauvegarde de l'emploi »

⁴⁸⁴ Convention du 30 octobre 2007, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, L 339/3, JO

⁴⁸⁵ Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO

⁴⁸⁶ V. *supra* § préc.

de prud'hommes territorialement compétent. Ce conseil est: 1° Soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ; 2° Soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié. Le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi ». Cette règle impérative permet au salarié faisant partie d'un groupe de disposer d'un choix large pour saisir la juridiction française. En effet, le critère de rattachement est en principe le lieu d'accomplissement du travail. À défaut, c'est le lieu du domicile du salarié, ou le lieu d'accomplissement du contrat, ou celui d'une filiale ou du siège du groupe, selon la situation d'espèce.

465- L'article 2061 du Code civil dispose que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». *A contrario*, si une disposition spécifique existe, et empêche l'application de ladite clause, elle sera inopposable au salarié. C'est le cas puisque le droit du travail définit dans son article R. 1412-1 les règles de compétences dans le cadre d'un litige, et l'article R. 1412-4 énonce que cette disposition est d'ordre public. En effet, l'article R. 1412-4 du Code du travail dispose que « toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R.1412-1 relatives aux règles de compétence territoriale des conseils de prud'hommes, est réputée non écrite ». Cette disposition permet au salarié qui assigne une société du groupe, d'échapper à l'application d'une clause compromissoire prévue dans le contrat de travail. Elle représente une protection pour le salarié, partie faible au contrat, qui est souvent contraint d'accepter les stipulations du contrat de travail, souhaitées par l'employeur ou le groupe.

466- La clause compromissoire prévue par les parties dans un contrat international n'est applicable que si le salarié décide de ne pas saisir la juridiction prud'homale, et cela même lorsqu'une loi étrangère régit le contrat⁴⁸⁷. Ainsi, la protection prévue par les articles précités permet au salarié qui répond aux critères d'applicabilité de la loi, de bénéficier de l'inopposabilité de la clause. L'existence d'une clause attributive de juridiction ne peut donc pas faire échec à l'application du droit français.

⁴⁸⁷ Moreau (M-A), Contrat de travail international. Inopposabilité de la clause compromissoire, Dr. Soc. 1999 p. 632

467- Les dispositions internationales permettent également d'attirer la société mère non située dans un état membre de l'Union européenne grâce au critère de domiciliation.

B – Le critère de domiciliation permettant d'attirer la société mère

468- Le règlement 22 décembre 2000⁴⁸⁸ permet de déterminer la compétence des juridictions dans le cadre d'un contentieux international. La difficulté de la détermination réside dans la question du domicile du siège du groupe de sociétés. Il peut soit être situé dans un état membre de l'Union européenne, soit situé hors de la sphère européenne.

469- L'article 18 de ce règlement dispose que « lorsqu'un travailleur conclut un contrat individuel de travail avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un État membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans cet État membre ».

470- Cette disposition européenne prend en compte la réalité des groupes internationaux car le critère de domiciliation est apprécié largement. Autrement dit, l'employeur d'une filiale faisant partie d'un groupe de sociétés dont le siège est situé hors de l'Union européenne, pourra être attiré devant une juridiction française, dès lors qu'il existe une filiale dans l'un des Etats membres.

471- Lorsque la société mère a son siège sur le territoire de l'union européenne, cette dernière peut être attirée devant les juridictions françaises, lorsque le salarié accomplit son travail en France, par le jeu de l'article 19 dudit règlement.

472- L'article 19 de ce même règlement prévoit qu' « un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré : devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou dans un autre État membre : devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli

⁴⁸⁸ Règlement du 22 décembre 2000, n°44/2001/CEE, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 - 0023

habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

473- Cet article permet d'attirer la société mère ayant son siège à l'étranger, devant les juridictions françaises, en la considérant comme employeur, dès lors que le salarié travaille effectivement en France. Mais aussi, lorsqu'un salarié est mis à disposition de plusieurs filiales régulièrement, la juridiction compétente est celle du lieu d'embauche. Un salarié licencié par son employeur sur ordre de la société mère, non établie sur le territoire européen pourra attirer cette dernière sur le fondement du coemploi⁴⁸⁹.

474- Les règles de compétences édictées à cet article permettent au juge de faire bénéficier à un salarié faisant partie d'un groupe de la compétence de la juridiction française. Dans le célèbre arrêt *Aspocomp*, en date du 19 juin 2007⁴⁹⁰, la Cour de cassation a décidé que les juridictions françaises étaient compétentes, en vertu de l'article 19 du règlement du 22 décembre 2000, relevant qu'« après avoir constaté que les salariés avaient accompli leur travail sous la direction et au profit des sociétés *Aspocomp* et *Aspocomp Group OYJ*, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondues, a décidé que la juridiction saisie était compétente ». En outre, le constat de l'existence d'un coemploi entre l'employeur et la société mère située à l'étranger permet au juge de se déclarer compétent car la société employeur réside sur le territoire français.

475- Dans un arrêt « *Jungheinrich* » en date du 30 novembre 2011⁴⁹¹, la Cour de cassation a fait une interprétation judicieuse de l'article 19 du règlement précité pour décider que la société mère était considérée comme employeur⁴⁹². Rappelant tout d'abord « qu'il résulte de l'article 19 du règlement n° 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 que l'employeur ayant son domicile dans le territoire d'un Etat membre peut être attiré dans un autre Etat membre, notamment devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son

⁴⁸⁹ Sur la notion du coemploi, v. *infra* titre II de cette partie, chapitre I « des responsabilités à rechercher dans le groupe

⁴⁹⁰ Cass., soc., 19 juin 2007, n° 05-42570. Dans cette décision était également question de déterminer la qualité d'employeur. V. *infra*, titre II de cette partie, chapitre I « des responsabilités à rechercher dans le groupe »

⁴⁹¹ Cass. Soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964 10-22.965 10-22.966 10-22.967 10-22.968 10-22.969 10-22.970 10-22.971 10-22.972 10-22.973 10-22.974 10-22.975 10-22.976 10-22.977 10-22.978 10-22.979 10-22.980 10-22.981 10-22.982 10-22.983 10-22.984 10-22.985 10-22.994

⁴⁹² La Chambre sociale rappelle que « selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour l'application de l'article 19 du règlement n° 44/2001/CE, l'employeur est défini comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération ».

travail », la Chambre sociale décide notamment de retenir que la société mère « assurait également la gestion des ressources humaines de la filiale et avait imposé la cessation d'activité, en organisant le licenciement des salariés et en attribuant elle-même une prime aux salariés de la société MIC ». Cette solution va dans le sens d'une protection accrue du travailleur dans le cadre d'un licenciement collectif, puisque la responsabilité de la société mère peut être retenue, par le jeu de la qualification de coemployeur lorsque cette dernière s'immisce dans les affaires de sa filiale, et ainsi décide de la placer en état de cessation de paiement par choix stratégique.

476- Les sources internationales permettent au juge français de déterminer sa compétence dans le but de sanctionner le réel responsable des licenciements économiques infondés, même lorsque la société mère n'est pas domiciliée en France.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

477- Le droit français ne prévoyant pas de dispositions spécifiques aux groupes nationaux quant aux conditions de contestation d'un licenciement économique, les dispositions applicables sont communes aux sociétés faisant partie ou non d'un groupe. Le salarié, les organisations syndicales, le comité d'entreprise, et l'employeur peuvent faire un recours contre la régularité de la procédure, ou en contestation d'une homologation du plan, devant le juge administratif. Quant à la cause réelle et sérieuse du licenciement, elle peut être contestée devant le juge judiciaire.

478- Lorsque le groupe est international, il ressort que la détermination de la loi applicable et du juge compétent sont complexes. Mais il apparaît que le juge utilise la loi de police pour protéger le salarié faisant partie d'un groupe international, afin de faire appliquer le droit français plus protecteur, au litige. Ce droit a permis au juge de créer une cause réelle et sérieuse des licenciements spécifique au groupe.

- CHAPITRE II -

LA CAUSE REELLE ET SERIEUSE SPECIFIQUE AU GROUPE

479- En vertu de l'article L. 1233-2 du Code du travail, tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. Le législateur n'a pas inséré dans le Code du travail un droit du licenciement spécifique au groupe de sociétés, mais il apparaît que la jurisprudence a su composer avec le droit du licenciement, et l'adapter au groupe.

480- Comme le souligne M. Philippe Waquet, cette exigence se décompose en trois mots ; cause, réelle, sérieuse⁴⁹³. Cet auteur interprète chaque mot : concernant la cause, elle « est constituée par le motif déterminant de l'acte », et « le caractère illicite de la cause » fait plus débat que son absence. Selon M. Philippe Waquet « l'employeur a toujours un motif déterminant ». Cette cause « doit reposer sur des éléments objectifs »⁴⁹⁴. Tel est le cas pour la réalité de la cause, qui doit être appréciée à l'aune de faits objectifs matériellement établis. Enfin, la cause réelle doit être sérieuse : c'est ce caractère qui légitimise la nécessité du licenciement.

481- L'obligation de reclassement, pilier de la procédure de licenciement pour motif économique doit être respectée pour caractériser un licenciement légitime. Cette obligation doit être appliquée par l'employeur de manière loyale, à défaut la rupture du contrat peut être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse par le juge judiciaire⁴⁹⁵. Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, mais que cette dernière a failli à son obligation de reclassement, son licenciement postérieur peut être caractérisé sans cause réelle et sérieuse⁴⁹⁶.

⁴⁹³ WAQUET (P.), Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement, Dr. Soc. 1992 p. 980

⁴⁹⁴ WAQUET (P.), *op. cit* : Waquet fait une comparaison entre la cause dans le cadre d'un licenciement inhérent à la personne du salarié, et un licenciement économique pour construire son raisonnement. Il relève que ces éléments objectifs sont indispensables dans la détermination de la cause puisque par exemple, le licenciement pour perte de confiance, ne peut être un motif valable de licenciement, car selon cet auteur « cette condamnation repose sur « un sentiment subjectif de l'employeur ».

⁴⁹⁵ V. *supra* partie I, titre, I chapitre II, « l'obligation de reclassement spécifique au groupe de sociétés »

⁴⁹⁶ V. partie I, *ibid*.

482- Outre l'obligation de reclassement élargie au groupe de sociétés, le licenciement doit avoir un motif économique pour revêtir une cause réelle et sérieuse. La cause réelle et sérieuse du licenciement est caractérisée par la mise en œuvre de cette obligation, conséquence du déclenchement de la procédure par l'employeur, pour motif économique légitime. Ce motif économique, et par conséquent la cause réelle et sérieuse du licenciement, sont appréciés de manière spécifique au groupe de sociétés.

483- Le juge a construit peu à peu un droit spécifique de la cause réelle et sérieuse du licenciement dans un groupe de sociétés, d'une part, à travers une procédure dictée par le motif invoqué (section I), et d'autre part en imposant le respect de la procédure de délégation de pouvoir (section II).

Section I - Une procédure de licenciement dictée par le motif invoqué

484- En application de l'article L. 1233-2 du Code du travail, le licenciement économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 n'a pas modifié la définition du motif économique, alors que la procédure des licenciements collectifs l'a fortement été. Même si le législateur n'est pas intervenu pour créer un motif économique spécifique au groupe, le juge reconnaît bien cette réalité.

485- La jurisprudence s'est adaptée à la réalité économique et a pris en compte les pratiques des groupes de sociétés pour interpréter cette définition. Dans un groupe de sociétés, le licenciement doit être motivé par un motif économique apprécié au regard du secteur d'activité (§2), et ne pas résulter d'un motif non inhérent à la personne du salarié (§1), que ce dernier fasse partie ou non d'un groupe.

§1 - Un motif non inhérent à la personne du salarié

486- L'article L. 1233-3 du Code du travail définissant le motif économique du licenciement dispose notamment que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié (...) »⁴⁹⁷. Le licenciement économique individuel d'un salarié ne peut évidemment pas reposer sur un motif personnel du salarié.

487- M. Philippe Waquet a une approche intéressante de la nature économique. En effet, il l'a définie comme « le licenciement qui ne met pas en scène le salarié lui-même, ses qualités ou défauts, son comportement, mais qui est motivé par la vie de l'entreprise »⁴⁹⁸. C'est donc la situation économique qui se répercute sur l'emploi, et non pas un motif lié à la personne du salarié qui entraîne le licenciement pour motif économique. La procédure doit être dictée par la situation économique de l'entreprise : une faute, une inaptitude, une insuffisance

⁴⁹⁷ Cet article est issu de la directive n° 75.129 du 17 février 1975, et de la loi du 2 août 1989 qui a été créée à la lumière de la directive.

⁴⁹⁸ WAQUET (P.), Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement, Dr. Soc. 1992 p. 980

professionnelle, mais aussi sur l'âge sont des motifs inhérents à la personne du salarié. Concernant l'inaptitude ou l'insuffisance professionnelle, il a été jugé par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 décembre 1991 que « la cour d'appel a relevé que l'employeur invoquait l'inaptitude professionnelle des salariés pour refuser à ceux-ci la possibilité d'occuper les emplois modifiés par la mutation technologique de l'entreprise ; qu'elle a ainsi pu décider que le licenciement avait été prononcé pour un motif inhérent à la personne des salariés »⁴⁹⁹. Autrement dit, la mutation technologique, cause économique du licenciement⁵⁰⁰, ne peut caractériser en elle-même le motif du licenciement si la suppression de poste n'en n'était pas une conséquence. Dans ce cas, c'est le licenciement pour insuffisance professionnelle qui devait être mis en œuvre, car il est inhérent à la personne du salarié, notamment en ce qu'il se justifie par une insuffisance de qualification, répercussion de l'arrivée des nouveaux procédés technologiques. A cette date, l'obligation d'adaptation à l'évolution des emplois n'avait pas encore été dégagée par la jurisprudence.

488- A l'aune de cette obligation désormais légale⁵⁰¹, la protection des salariés est renforcée puisque l'employeur ne peut licencier au motif d'une insuffisance professionnelle que dans le cas où ce dernier a été formé au nouveau poste et que cette initiation a échoué. La Cour de cassation a eu l'occasion de déclarer un licenciement sans cause réelle et sérieuse car dépourvu de cause économique, en relevant « que l'âge d'un salarié, élément inhérent à sa personne, avait été le motif essentiel de son licenciement »⁵⁰². La protection des seniors est d'autant plus importante, puisque ces derniers peuvent rencontrer plus de difficultés à se réinsérer sur le marché du travail⁵⁰³.

489- Le Conseil d'Etat a également exposé que le licenciement d'un salarié protégé ne peut revêtir une cause réelle et sérieuse. En effet, le 29 mai 1992, il a prononcé la nullité d'un licenciement pour motif économique d'« un salarié protégé titulaire de mandats de délégué syndical, membre du comité central d'entreprise et du comité d'établissement, délégué du personnel et membre du comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail au sein de son entreprise et en outre de plusieurs mandats de représentation des salariés dans divers organismes sociaux »⁵⁰⁴. Cette décision représente une protection du salarié, car elle peut en

⁴⁹⁹ Cass., soc. 12 déc. 1991, n° 90-46.002

⁵⁰⁰ V. *infra* §2

⁵⁰¹ Article L. 1233-3 du code du travail.

⁵⁰² Cass., soc. 24 avr. 1990, n° 88-43.555

⁵⁰³ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section, §1, C « la préservation de l'emploi des seniors ».

⁵⁰⁴ CE, 29 mai 1992, 4ème et 1ère sous-sections réunies, n°107525

réalité être fondée sur les dispenses du salarié de travailler dans l'entreprise. Cette affirmation peut être corroborée par le fait que les organismes auxquels le salarié devait se présenter pour exercer ses fonctions versaient à l'entreprise les sommes correspondant au temps de présence du salarié protégé. En conséquence, son licenciement n'allègerait pas les charges de l'entreprise, comme le relève justement le Conseil d'Etat.

490- Lorsqu'un motif inhérent à la personne du salarié coexiste avec un motif économique, se pose la question de l'invocation du motif de licenciement. Il a été jugé dans un arrêt en date du 3 avril 2002 que le motif invoqué doit être « celui qui a été la cause première et déterminante du licenciement » et que les juges doivent en outre « apprécier le bien-fondé du licenciement au regard de cette seule cause »⁵⁰⁵. C'est le motif préexistant qui doit être invoqué pour motiver le choix de la procédure de licenciement par l'employeur.

491- Ainsi, que l'on soit en présence ou non d'un groupe de sociétés, le motif économique ne doit avoir aucun lien avec la personne du salarié. Cette exigence légale est applicable au groupe de sociétés. En revanche, le juge ne peut se contenter d'appliquer la procédure légale de licenciement économique au groupe, pour vérifier la réalité du motif économique. En présence d'un groupe de sociétés, le motif économique du licenciement doit être apprécié au regard du secteur d'activité.

§2 - Un motif économique apprécié au regard du secteur d'activité du groupe

492- La prise en compte d'un licenciement économique spécifique au groupe de sociétés a été dégagée pour la première fois en 1992⁵⁰⁶, puis réaffirmée en 1995⁵⁰⁷. En effet, le juge a défini le cadre d'appréciation du motif économique en l'étendant au secteur d'activité⁵⁰⁸ du groupe auquel appartient l'entreprise.

493- L'article L. 1233-3 impose à l'employeur l'obligation de justifier le licenciement économique par « une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des

⁵⁰⁵ Cass. soc., 3 avr. 2002, n° 00-42.583

⁵⁰⁶ Cass. soc. 25 juin 1992 n° 90-41.244

⁵⁰⁷ Cass. soc., 5 avr. 1995 : Dr. soc. 1995, p. 482, obs. Ph. Waquet.

⁵⁰⁸ Sur la définition de cette notion, V. *supra* introduction

difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Cela signifie que le licenciement doit être en lien direct avec un motif économique. Ce motif économique est caractérisé par la démonstration d'une suppression d'emploi, de modification ou de transformation d'emploi (A), justifiée par une cause économique (B), appréciée au regard du secteur d'activité du groupe.

A - La démonstration d'une suppression, transformation ou modification d'emploi

494- L'article L. 1233-3 du Code du travail prévoit que le licenciement doit résulter d'un élément matériel. Cet élément matériel doit être une suppression ou une transformation d'emploi, ou une modification du contrat de travail. La suppression, la modification ou la transformation représente l'élément matériel qui doit être apprécié au niveau de l'entreprise (1). Il est nécessaire que la modification ou la transformation soit refusée par le salarié (2) pour que cet élément matériel que le licenciement économique soit légitimé.

1 - L'élément matériel apprécié dans un périmètre restreint à l'entreprise

495- Lorsque le secteur d'activité du groupe présente des difficultés pour la santé de l'entreprise, les licenciements doivent être justifiés par des suppressions de postes, des modifications ou des transformations d'emploi, pour être considérés comme ayant une cause réelle et sérieuse.

496- Se pose la question du périmètre d'appréciation de chaque élément matériel. La jurisprudence n'a pas pris en compte la nécessité d'étendre au groupe le périmètre de l'élément matériel permettant à l'employeur de justifier le licenciement économique. Dans le célèbre arrêt Videocolor en date du 5 avril 1995, elle a estimé que l'appréciation de l'élément matériel doit être observée au niveau de l'entreprise. En effet, la Cour de cassation a décidé que « si la réalité de la suppression ou transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel

appartient l'entreprise concernée »⁵⁰⁹. En outre, il faut d'une part, que la suppression, la modification refusée ou la transformation de poste ait lieu dans l'entreprise ; d'autre part, le recours à ces suppressions, modifications et transformations de poste doit être justifié par une cause économique pour que la cause soit réelle et sérieuse.

497- S'agissant de l'appréciation de la notion de suppression de poste, elle implique nécessairement sa disparition⁵¹⁰. La redistribution des tâches entre divers autres salariés est assimilée à cette disparition⁵¹¹. La transformation d'emploi entraîne également la disparition du poste, car le nouvel emploi n'est plus le même que celui qu'occupait le salarié.

498- De plus, la suppression d'emploi doit être réelle et non fictive. L'emploi supprimé ne doit pas être remplacé, sinon, il ne peut reposer sur un motif économique. La Cour de cassation a décidé d'apprécier la suppression d'emploi au niveau de l'entreprise. En effet, dans un arrêt du 16 janvier 2001, elle a décidé que « l'existence d'une suppression d'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise ; qu'ayant constaté qu'un autre salarié avait été affecté, immédiatement après le licenciement, aux fonctions exercées par le salarié licencié, la cour d'appel en a justement déduit que le poste de ce dernier n'avait pas été supprimé peu important que le salarié affecté sur le poste ait été un salarié de la société mère »⁵¹². Autrement dit, le facteur temps caractérisé par le terme « immédiatement » permet au juge d'inférer qu'il n'y pas avait en réalité de suppression de poste. De plus, l'expression « peu important » signifie que le fait que le poste supprimé ait été pourvu par un salarié de la société mère renforce le principe selon lequel la suppression de poste est appréciée au niveau de l'entreprise, et non du groupe. Ce principe est dégagé clairement dans cette solution.

499- Ce raisonnement fait état d'une appréciation concrète faite par le juge pour vérifier la réalité de la suppression. Ce dernier prend en compte le facteur temps, élément déterminant pour assoir son raisonnement.

500- S'agissant des groupes qui ont recours à des restructurations en passant par des délocalisations. Se pose la question de savoir si une délocalisation s'apprécie comme une suppression de poste ? C'est une réponse positive et donc protectrice de l'emploi dans les groupes qui est apportée par la jurisprudence, dans le cadre des réels motifs du licenciement

⁵⁰⁹ Cass. Soc., 5 avr. 1995 vidéocolor, préc.

⁵¹⁰ Cass. soc., 8 juill. 1992 : *Cah. soc. barreau* n° 43, p. 245

⁵¹¹ Cass. soc., 29 janv. 1992 : *Bull. civ. V*, n° 51 ; Cass. Soc., 6 juin 1993, n° 90-44.956

⁵¹² Cass., soc. 16 janv. 2001, n° 98-44.461. 2001. IR 594

décelés par le juge⁵¹³. Dans ce cas, le juge assimile des délocalisations à des suppressions de postes pour que ces délocalisations soient justifiées par un motif économique. Admettre le contraire reviendrait à accepter les délocalisations de certains groupes *in bonis* souhaitant faire de simples économies sur l'emploi, dans le but d'augmenter le chiffre d'affaire.

501- Une fois que la suppression, la modification ou la transformation est identifiée au niveau de l'entreprise, il faut que le refus du salarié à une proposition de modification ou de transformation d'emploi soit démontré pour que le licenciement pour motif économique soit justifié.

2 - L'élément matériel caractérisé par le refus d'une modification ou d'une transformation

502- Le refus de modification du contrat de travail dans le cadre de l'obligation de reclassement confère au licenciement économique sa légitimité si tous les efforts d'adaptation et de reclassement ont été effectués, au niveau du groupe⁵¹⁴. Mais aussi, une modification peut être proposée au salarié en amont et en aval du déclenchement de la procédure de licenciement économique⁵¹⁵.

503- La jurisprudence considérait autrefois que la modification du contrat de travail devait soumettre l'employeur à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. La proposition d'une modification du contrat devait se faire dans le cadre du déclenchement de la procédure de licenciement collectif. Cette obligation avait été dégagée en 1996 par les arrêts Framatome⁵¹⁶ et Majorette⁵¹⁷. Dans ces affaires, la réorganisation de l'entreprise, l'employeur avait proposé une modification des contrats en proposant une mutation, après avoir informé le comité d'entreprise et l'inspecteur du travail. Le refus des salariés entraîna leur licenciement. Ce refus ne suffisait pas pour le juge à constituer un motif valable, car il aurait fallu déclencher la procédure de licenciement collectif, puisque 24 salariés avaient refusé une

⁵¹³ Cass., soc., 5 avr. 1995, n°93-42.690. arrêt vidéocolor, v. *supra* sur la délocalisation des emplois, titre II, chapitre I, section I "Des réels motifs décelés par le juge"

⁵¹⁴ V. *supra* chapitre II « L'obligation de reclassement spécifique au groupe », préc.

⁵¹⁵ V. *supra* chapitre II, *ibid.*

⁵¹⁶ Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 95-17.352

⁵¹⁷ Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 95-20.360

mutation. Pourtant, la doctrine s'était étonnée de ces solutions. En effet, M. Philippe Waquet considérait que « la cause du licenciement consécutif au refus d'une modification proposée pour motif économique n'est pas le refus mais le motif économique de la modification ⁵¹⁸ ». En outre, le refus d'une modification permet à l'employeur de licencier le salarié, si un motif économique justifie le recours à une proposition de modification. La jurisprudence pris en compte cette nécessité économique d'une modification et mis un terme à cette jurisprudence.

504- Le 19 février 1997, le juge décida que le motif de la modification doit avoir une cause économique. Cette approche a été confirmée par la jurisprudence quelques années plus tard. En effet, le 12 octobre 2004, la Cour de cassation a rappelé que « le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail a une nature économique lorsque cette modification a une cause économique ». ⁵¹⁹ Depuis l'abandon des jurisprudences Framatome et Majorette, la modification peut intervenir en amont du déclenchement de la procédure de licenciement collectif, et donc sans obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, à condition que soit justifié un motif économique. En outre, l'employeur doit démontrer la nécessité d'envisager des modifications par une cause économique.

B - La démonstration d'une cause économique

505- Le principe est que le licenciement doit être consécutif à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques (1), à une réorganisation fondée sur la sauvegarde de la compétitivité (2), ou encore à une cessation d'activité loyale (3).

⁵¹⁸ Waquet (P.), Modification des contrats de travail et plan social, Dr. soc. 1997.

⁵¹⁹ Cass. soc., 19 fevr. 1997, n° 95-41.207

1 - Des difficultés économiques ou à des mutations technologiques

506- Pour justifier les licenciements, l'existence de difficultés économiques doivent être réelles (a), et procéder de mutations technologiques résultant de la mise en place de matériels ou procédés de travail nouveaux (b).

a) Des difficultés existantes et réelles

507- Les difficultés économiques doivent être existantes. Elles doivent exister, c'est à dire être présentes dès la mise en œuvre de la procédure de licenciement. Les suppressions d'emplois doivent être la conséquence de difficultés économiques existantes au niveau du secteur d'activité du groupe. C'est la solution dégagée par la Cour de cassation en date du 8 juillet 2008 qui, pour retenir l'absence de cause réelle et sérieuse d'une société appartenant à un groupe, déclarait que « le secteur d'activité du groupe dont relevait l'entreprise ne connaissait pas de difficulté économique, à l'époque des licenciements »⁵²⁰. Autrement dit, les suppressions d'emplois doivent procéder de difficultés économiques avérées, appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe, concomitamment à la mise en œuvre des licenciements. En ce sens, l'employeur ne peut recourir à des licenciements pour anticiper l'apparition de difficultés économiques. Elles doivent être nées et réelles.

508- La réalité de ces difficultés est appréciée au regard du secteur d'activité du groupe⁵²¹ par les juges du fond, qui doivent vérifier si les difficultés économiques existent effectivement. L'appréciation de la réalité des difficultés doit se faire de manière approfondie. C'est ce que l'on infère de la décision de la Cour de cassation le 12 décembre 1991 :

« Attendu que pour dire que le licenciement avait une cause économique et débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

⁵²⁰ Cass. soc., 8 juill. 2008, n° 06-43.802

⁵²¹ Cass. Soc. 5 avr. 1995, arrêt vidéocolor, préc. ; Cass. soc., 8 juill. 2008, n° 06-43.802 ; Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.228

l'arrêt attaqué se borne à énoncer que la baisse du chiffre d'affaires de la société suffit à justifier dans son principe le licenciement économique prononcé »⁵²².

Autrement dit, l'existence de difficultés économiques ne peut suffire à caractériser la cause du licenciement. Pour être causés, il faut que les licenciements soit fondés sur ces difficultés. Si de telles difficultés n'existent pas, le licenciement pourra cependant avoir une cause économique. En ce sens, l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise représente également une cause réelle et sérieuse.

b) Des mutations technologiques résultant de la mise en place de matériels ou procédés de travail nouveaux

509- Des mutations technologiques résultant de l'entrée de nouvelles technologies dans l'entreprise peuvent constituer une cause économique, même lorsque l'entreprise ne rencontre pas de difficultés économiques⁵²³, engendrant des suppressions, des propositions de modification du contrat de travail, ou des transformations d'emplois. Ce nouveau procédé suffit pour que la cause économique soit identifiée. Il a notamment été jugé par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 octobre 2002 qu'une menace sur la compétitivité n'est pas nécessaire, dès lors que « l'introduction d'une technologie informatique nouvelle comporte une incidence sur l'emploi »⁵²⁴. Des incidences sur l'emploi peuvent donc apparaître par l'introduction de l'informatisation dans un service, justifiant la suppression de postes⁵²⁵, dès lors que le procédé introduit est nouveau. Cependant, la suppression de poste ne peut être justifiée par le motif économique que si l'obligation d'adaptation à l'évolution des emplois a été respectée par l'employeur. Le salarié doit en outre, soit refuser la formation, soit ne pas avoir assimilé ses nouvelles fonctions pour que le motif économique soit valable⁵²⁶.

⁵²² Cass. Soc., 12 déc. 1991, n° 90-44.762

⁵²³ Cass. Soc., 6 juin 1993, n° 90-44.956

⁵²⁴ Cass. Soc., 9 oct. 2002, n° 00-44069

⁵²⁵ Cass. Soc., 1^{er} mars 1994, n° 92-43.612

⁵²⁶ V. *supra* Partie I, titre II, chapitre I, « l'anticipation dans le groupe »

510- Le principe de la nécessité de la réalité des difficultés ou, de la mise en place de procédés ou de matériels nouveaux comporte une exception dégagée par la jurisprudence. En effet, la sauvegarde de la compétitivité ne nécessite pas une telle démonstration.

2 - Une réorganisation fondée sur la sauvegarde de la compétitivité

511- La jurisprudence a dégagé une nouvelle cause supplémentaire pour que l'employeur puisse légitimement recourir à des suppressions, des transformations d'emploi ou à une proposition de modification : la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ce nouveau motif permet de faire exception à la règle de l'existence de difficultés économiques ou de mutations technologiques pour légitimer le motif économique d'un tel recours. En effet, la réorganisation peut être un motif de licenciement depuis l'arrêt précité VIDEOCOLOR qui avait relevé que « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité »⁵²⁷. Autrement dit, la réorganisation ne peut représenter une cause autonome du licenciement pour motif économique, que dans le cadre d'une sauvegarde de la compétitivité nécessaire.

512- Le juge contrôle le caractère nécessaire d'une sauvegarde de la compétitivité. Il a pu relever l'absence de cette nécessité par « des motifs d'ordre général »⁵²⁸. La Cour de cassation a donc défini les contours d'une sauvegarde de la compétitivité dans un arrêt Pages Jaunes⁵²⁹ en date du 11 janvier 2006, pour justifier le motif économique des licenciements. En effet, elle affirme que la réorganisation est justifiée pour « sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient » et que ce critère est caractérisé dès lors que « la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ». En outre, pour que les licenciements résultant d'une réorganisation soient qualifiés comme ayant une cause réelle et sérieuse, l'existence de difficultés actuelles n'est pas indispensable dans ce cas, mais la

⁵²⁷ Arrêt Vidéocolor 5 avr. 1995 préc.

⁵²⁸ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-13.493

⁵²⁹ Cass. Soc. 11 janv. 2006, n° 05-40.977

nécessité de prévenir les menaces sur la compétitivité du secteur d'activité doit être démontrée. A la différence des difficultés économiques qui doivent être existantes, le juge exige que les difficultés doivent être « à venir ». Cette formulation signifie que l'employeur peut recourir à des licenciements économiques pour anticiper la survenance de difficultés, pouvant apparaître avec le coût de l'introduction des nouvelles technologies, en plus du coût des emplois qui devront en conséquence être supprimés. Cette jurisprudence peut paraître trop générale et source d'insécurité juridique, au regard de certaines pratiques de groupes qui ont recours à des restructurations permanentes.

513- C'est pour cette raison que la sauvegarde de la compétitivité a été appréciée de manière plus affinée par la jurisprudence peu de temps après. En effet, dans le célèbre arrêt DUNLOP en date du 21 novembre 2006⁵³⁰, la Chambre sociale a étudié la notion « licenciements de compétitivité »⁵³¹ de manière plus approfondie. Elle a repris les arguments avancés par la cour d'appel pour définir les contours d'une appréciation de la cause réelle et sérieuse des licenciements : « l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières, plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications, et que cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence ». Ce constat soulevé par la cour d'appel permet à la Cour de cassation de vérifier la nécessité d'une sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité du groupe, à travers l'évolution de la conjoncture⁵³² et l'état des structures⁵³³. La Chambre sociale soulève chaque critère représentant des faisceaux d'indices lui permettant d'apprécier précisément la réalité d'une menace pour l'entreprise. Cette décision démontre la volonté des juges du fond⁵³⁴ de protéger le salarié pour qualifier un licenciement économique légitime. Au contraire dans l'arrêt Pages Jaunes, la Cour s'était contentée de soulever des éléments

⁵³⁰ Cass. Soc., 21 nov 2006, n°05-40.656

⁵³¹ Expression utilisée par M. Gérard Couturier, « Licenciement économique. Réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. Gestion prévisionnelle des emplois. Obligation de reclassement et mesures de reconversion professionnelle. Ordre des licenciements. Qualités professionnelles. Techniques d'évaluation », Dr. Soc. 2007 p. 114.

⁵³² Le prix des matières premières et des produits soulevés, a engendré un risque de baisse de la compétitivité, et de positionnement face à la concurrence par le juge, arrêt PAGES JAUNES préc.

⁵³³ La faible dimension des sites, arrêt PAGES JAUNES préc.

⁵³⁴ Seuls les juges du fond sont habilités à exercer un contrôle de la situation économique du groupe, la Cour de cassation ne pouvant pas s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur, sauf dans le cas où une faute manifeste doit être soulevée : cass., soc., 8 déc. 2000 n° 97-44.219 ; cass., soc., 8 juill. 2008, n° 08-40.046.

objectifs liés à l'introduction des nouvelles technologies engendrant une menace sur la compétitivité.

514- La jurisprudence récente confirme cette position. En effet, le 29 mai 2013, elle décida que le licenciement d'un salarié peut revêtir un motif économique si la réorganisation « est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise »⁵³⁵.

515- Selon Maître Martinez, « s'il s'agit de la sauvegarder, c'est que la compétitivité est d'ores et déjà atteinte, il ne s'agit donc pas de la développer mais de la rétablir. En outre, il faut démontrer que faute de se réorganiser, le problème de compétitivité débouchera sur des difficultés économiques »⁵³⁶. Autrement dit, il faut que soit démontrée une nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, et qu'il existe un risque à venir de survenance de difficultés économiques. Cette nécessité s'apprécie de telle sorte que, sans le recours aux licenciements, la société serait en péril.

516- La menace pesant sur la compétitivité et les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe. La reconnaissance du groupe représente dans ce cadre une protection accrue du salarié, car l'employeur aura plus de difficultés à justifier ces difficultés. C'est dans ce même esprit que la cessation d'activité, une des causes du licenciement économique, doit être loyale.

3 - Une cessation d'activité loyale

517- Le droit des procédures collectives considère que la cessation d'activité est une cause autonome des licenciements, car la légitimité des licenciements est présumée. L'employeur n'a pas, en principe à justifier par des preuves matérielles les difficultés économiques engendrant les licenciements lorsque l'entreprise est en cessation d'activité.

⁵³⁵ Cass. soc 29 mai 2013 n° 12-12952.

⁵³⁶ MARTINEZ (J.), SAUTEL (O.), Le motif économique de licenciement, DIALOGUE AVOCAT-ÉCONOMISTE, RLC 2491.

518- Il fût un temps où le droit social appliquait ce principe d'autonomie attachée à la cessation d'activité⁵³⁷. L'on perçoit cependant que, désormais le droit du travail préconise un esprit de loyauté dans le recours à cette pratique, souvent utilisée par les groupes.

519- Le terme loyal renvoie nécessairement au principe de bonne foi érigé par l'article L. 1222-1 du Code du travail. En vertu de cet article, l'employeur et le salarié doivent exécuter le contrat de bonne foi. Cette cessation ne doit donc pas résulter d'une légèreté blâmable de l'employeur (a), et dans certains cas, ne peut représenter une cause autonome du licenciement dans le groupe (b).

a) Une cessation non consécutive à légèreté blâmable de l'employeur

520- La notion de légèreté blâmable a été consacrée par la jurisprudence en 2001 lorsque la Cour de cassation a décidé que la cessation d'activité est une cause autonome de licenciement, à condition qu'une faute ou une légèreté blâmable ne soit pas la conséquence des licenciements⁵³⁸, et que cette cessation soit totale et définitive⁵³⁹. Que l'on soit en présence ou non d'un groupe, la cessation d'activité d'une société ne peut être un motif de licenciement que lorsqu'elle n'est pas la conséquence d'une faute ou légèreté blâmable de l'employeur.

521- Le rapport annuel de l'année 2005 de la Cour de cassation définit la légèreté blâmable comme « un comportement désinvolte de l'employeur »⁵⁴⁰. L'on peut définir cette notion dans le contexte de cette thèse comme un prétexte fallacieux invoqué par l'employeur pour répondre aux ordres du groupe de fermer une entreprise viable.

⁵³⁷ La jurisprudence considérait en 1956 que : « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail » (Soc. 31 mai 1956, Bull. civ. IV, n° 499).

⁵³⁸ Cass., soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.647

⁵³⁹ Cass., soc., 10 oct. 2006, n° 04-43.453. La cessation partielle de l'activité ne peut constituer un motif de licenciement économique que lorsqu'elle est justifiée par les motifs économiques légaux (difficultés économiques, mutations technologiques) et jurisprudentiels (réorganisation pour sauvegarder la compétitivité).

⁵⁴⁰ Cass., Rapp. Annuel 2005

522- Le 28 octobre 2008, la légèreté blâmable de l'employeur a été retenue par la Chambre sociale dans le cadre d'une cession d'entreprise, décidée « de manière précipitée » et « pour satisfaire aux seules exigences du groupe »⁵⁴¹ selon les salariés demandeurs. Relevant que l'entreprise était placée de manière favorable sur le marché et n'était pas en difficulté économique, la Cour de cassation fit droit à la demande des salariés et prononça le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Une précision a été apportée dans un arrêt en date du 1^{er} février 2011 : la Cour de cassation a déterminé le cadre d'appréciation de la légèreté blâmable de manière surprenante :

« si, en cas de fermeture définitive et totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence de difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés, il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur »⁵⁴². Autrement dit, le principe de la cessation totale et définitive du licenciement comme cause autonome du licenciement exempte l'employeur d'une obligation de justifier la situation économique de l'entreprise⁵⁴³, qui a conduit à la cessation des paiements de la société. Cependant, les juges n'excluent pas que cette vérification puisse se réaliser dans le cadre d'un contrôle du comportement de l'employeur dans la gestion de l'entreprise. Dans cette décision, la Cour de cassation reprend les arguments avancés par la cour d'appel pour retenir la légèreté blâmable de l'employeur. En effet, elle releva également que la baisse d'activité lui était imputable en raison des choix stratégiques⁵⁴⁴ du groupe, mais que malgré cette baisse, la société affichait de bons résultats. Le fait que la société *soit in bonis* avant la cessation des paiements, permet donc au juge de relever que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

523- Certains auteurs soulèvent que « sous couvert de la prise en compte de la situation économique de l'entreprise pour apprécier l'éventuelle désinvolture du comportement de l'employeur, la Cour de cassation octroie en réalité au juge du fond le pouvoir de s'immiscer

⁵⁴¹ Cass., soc. 28 oct. 2008, n° 07-41.647, Sté Holding c/ Lemoine

⁵⁴² Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-30045 ; Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 01 avril 2011 n° 229, P. 106, note Pansier (F-J.), stratégie d'entreprise ou réalité économique du licenciement ; V. *infra* titre II, chapitre I, section I « Des réels motifs de licenciement décelés par le juge ».

⁵⁴³ Ce principe découle de la reconnaissance de l'autonomie des licenciements consécutifs à la cessation des paiements.

⁵⁴⁴ V. *infra* sur « les réels motifs décelés par le juge », titre II chapitre I section I de cette partie.

dans la gestion du groupe dans son entier en lui reconnaissant le droit d'apprécier la pertinence de la décision prise par la société mère de fermer l'entreprise »⁵⁴⁵.

524- M. Bailly s'est exprimé à propos de cette décision et considère que « la légèreté de l'employeur consistait ici à avoir cédé aux instructions du groupe le poussant à interrompre son activité et à licencier son personnel, sans tenir compte de sa propre situation et de la responsabilité sociale qui était la sienne, à l'égard de ce personnel. La légèreté blâmable de l'employeur résultait de sa volonté de faire primer le seul intérêt du groupe sur celui de l'entreprise qu'il dirigeait ». Cette considération est bienvenue car l'on perçoit bien une volonté du juge de sanctionner les employeurs qui répondent aux seules exigences du groupe, sans pour autant répondre de leurs propres obligations sociales. Et dans ce sens l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail représente un pilier, qui semble-t-il, reste fragile dans les groupes de sociétés.

525- En outre, la cessation d'activité doit être loyale et ne pas représenter une manœuvre frauduleuse ; Pourtant, « le groupe entrave l'autonomie du motif tiré de la cessation d'activité »⁵⁴⁶, alors que sa seule existence ne peut justifier des licenciements collectifs dans un groupe.

b) Une cessation d'activité : cause non autonome du licenciement dans les groupes

526- La cessation d'activité ne peut être considérée comme une cause autonome du licenciement, dans le cadre de faillites frauduleuses menées par les groupes de sociétés. Les faillites frauduleuses sont des pratiques régulières des groupes de sociétés qui souhaitent augmenter leur profit. Elles peuvent se définir comme un recours profitable du droit des procédures collectives, dans le but de contourner le droit du licenciement économique⁵⁴⁷, représentant un obstacle pour l'employeur. C'est dans cet esprit que le licenciement ne peut être fondée systématiquement sur une cause réelle et sérieuse, lorsque l'entreprise faisant

⁵⁴⁵ CALICE (L.), DIRIAT (M-C.), Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique.- L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique de la société, JCP S n°45, 1472.

⁵⁴⁶ CALICE (L.), DIRIAT (M-C.), Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique, préc.

⁵⁴⁷ Sur ce point, v. *supra*, Partie I, titre II, chapitre II « l'anticipation dans le cadre d'une procédure collective »

partie d'un groupe est en cessation d'activité. C'est la prise en compte de cette réalité qui a poussé le juge à s'orienter vers une interprétation protectrice de l'emploi.

527- Depuis l'arrêt *Jungheinrich 1* en date du 18 janvier 2011, la cessation d'activité ne peut être reconnue comme motif de licenciement dans le groupe. En effet, la Cour de cassation a décidé que « lorsque le salarié a pour coemployeur des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent ». Autrement dit, l'autonomie du motif n'est plus reconnue, lorsque la décision de fermer une entreprise émane du groupe, et qu'aucun motif économique ne justifie la mise en cessation de paiement. La Chambre sociale releva également que « des choix stratégiques » ne peuvent constituer un motif économique, et qu'un licenciement en découlant ne peut être caractérisé comme ayant une cause réelle et sérieuse. Ce qui est intéressant, c'est que désormais, l'absence de légèreté blâmable n'est plus la seule condition pour que la cessation des paiements légitimise le licenciement. Il faut également que cette cessation soit justifiée par le motif économique imposé par l'article L. 1233-3 du Code du travail, et par la nouvelle cause dégagée par la jurisprudence, la sauvegarde de la compétitivité. L'appréciation de ce motif dans les groupes est étendue au secteur d'activité du groupe, imposant en somme que l'employeur qui prend la décision justifie le motif économique. Et la détermination d'un coemploi⁵⁴⁸ ôte immédiatement la qualification de cause réelle et sérieuse du licenciement économique selon cette décision, lorsque le motif économique n'est pas justifié.

528- Cette appréciation de la cause est intéressante en ce qu'elle désinciterait la filiale d'un groupe à invoquer la cessation d'activité pour justifier le licenciement. Selon M. le Professeur Vallens, la cessation d'activité est « un motif autonome obsolète »⁵⁴⁹. Il convient de saluer cette idée qui corrobore la prise en compte des groupes en matière de licenciement économique par la jurisprudence.

529- Pour que le licenciement économique ait une cause réelle et sérieuse, il faut également que la procédure de délégation de pouvoir soit respectée.

⁵⁴⁸ V. *infra* sur la notion de coemployeur, titre II, Chapitre I de cette partie.

⁵⁴⁹ VALLENS (J.-L.), Cessation d'activité d'une filiale et licenciements économiques : une nouvelle donne, JBE-2011-0072, n° 2, P. 140

Section II – Une procédure de délégation de pouvoir respectée

530- En vertu de l'article L. 1232-6 du Code du travail, c'est l'employeur qui notifie le licenciement. En principe, seul l'employeur dispose du pouvoir de licencier. Cependant, il est possible pour ce dernier de déléguer son pouvoir. Cette délégation de fonction a pour finalité de faciliter l'exercice du pouvoir par l'employeur⁵⁵⁰. Mais il n'existe aucune disposition légale permettant d'encadrer le recours à la délégation de pouvoir. Dans les groupes de sociétés, la question doit être étudiée car la délégation de licencier est une pratique courante et l'absence de délégation de pouvoir ou l'irrégularité de la procédure entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

531- Dans les sociétés par actions simplifiée, la délégation de pouvoir est « étrangère à l'aménagement statutaire »⁵⁵¹ (§1), mais en général la délégation n'est valable que si celui qui licencie dispose de la qualité de délégataire (§2).

§1 - La délégation de pouvoir dans les SAS « étrangère à l'aménagement statutaire »

532- Les groupes de sociétés ont souvent recours à la forme de sociétés par actions simplifiée. Dans ce cadre, les statuts régissent la qualité des représentants légaux, et peuvent prévoir d'autres représentants habilités à détenir les pouvoirs de ce dernier. En effet, l'article L. 227-6 alinéa 1 du Code du commerce dispose que « la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social ». Cette disposition signifie qu'en principe, seul le représentant légal dispose de la compétence de déléguer ses pouvoirs.

533- Cependant, l'alinéa 2 prévoit que « les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur

⁵⁵⁰ COEURET (A.), DUQUESNE (F.), Actualité de la délégation du pouvoir de licencier dans l'entreprise et le groupe d'entreprises, Dr. Soc. N° 1, 2012, p.36

⁵⁵¹ COEURET (A.), DUQUESNE (F.), ibid.

général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ». En outre, il est possible d'octroyer ce pouvoir à d'autres personnes à condition que cette faculté soit précisée dans les statuts, mais aussi qu'une publicité des nominations soit faite au registre du commerce et des sociétés. Le président détient les plus hauts pouvoirs, et selon les statuts, le directeur général et son délégué représentent la société.

534- Selon cet article, le licenciement doit être prononcé par les personnes qui détiennent les pouvoirs, en vertu des statuts. Cela signifie-t-il pour autant qu'un responsable hiérarchique de la société ou un directeur des ressources humaines ne puisse disposer des pouvoirs de direction, et ainsi licencier, sans l'intervention du représentant légal ? La réponse est négative et réside dans la distinction entre la pouvoir général de représentation de la société par actions simplifiée à l'égard des tiers et la délégation de pouvoirs fonctionnels⁵⁵². Les statuts régissent le pouvoir général de représentation de la société, et la délégation fonctionnelle permet une gestion simplifiée de l'organisation du groupe.

535- Pourtant, cette confusion a été faite par plusieurs cour d'appel, jusqu'à ce que la Chambre mixte de la Cour de cassation mette fin à cette controverse. En effet, le 19 novembre 2010, par un arrêt de cassation, la Cour décida au visa de l'article L. 227-6 du Code de commerce que : « la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tels que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise »⁵⁵³. Depuis cette décision de la Chambre mixte, une délégation hors statut est possible selon les dispositions du droit commun ; cette dernière a rendu sa décision au visa des articles 1984 du Code civil disposant que « le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » et de l'article 1998 prévoyant que le mandant est tenu des actes du mandataire.

⁵⁵² COEURET (A.), DUQUESNE (F.), Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué, Droit social 2011 p. 382

⁵⁵³ SAS WHIRPOOL France, Cass. Soc., ch. Mixte, 19 nov. 2010, n°10-10.095

536- Le droit du travail ne prend pas donc en compte les dispositions du Code du commerce et prévoit que le délégué est mandaté pour disposer du pouvoir de licencier. Il doit en outre disposer de la qualité de délégataire.

§2 - La qualité de délégataire

537- La difficile question de la consubstantialité de la délégation et de la détention du pouvoir⁵⁵⁴ a amené la jurisprudence à dégager un principe d'interdiction de mandater une personne extérieure à l'entreprise pour licencier (A), car le délégant doit octroyer les compétences de licencier au délégataire (B).

A - Une personne extérieure à l'entreprise non délégataire

538- Dans un arrêt du 26 mars 2002, la Cour de cassation a décidé qu'une personne étrangère à l'entreprise ne peut disposer du pouvoir de procéder au licenciement pour motif personnel, même mandatée⁵⁵⁵. En effet, elle exposait que « la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement ». Dans cette décision de cassation⁵⁵⁶, l'employeur avait donné mandat à un cabinet d'expertise pour licencier un VRP engagé par une entreprise espagnole et travaillant en France, en Belgique, et au Luxembourg. En l'absence de représentant légal en France, le recours au mandataire était nécessaire. Cependant, en vertu de cette solution, l'on peut inférer l'existence de l'obligation pour l'employeur de déléguer son pouvoir de licencier à une personne faisant partie de l'entreprise. Selon M. le Professeur Mouly, « la solution est à approuver », car selon cet auteur, « il n'est pas interdit de penser que la Cour de cassation ait

⁵⁵⁴ Idée avancée par Messieurs Coeuret et Duquesne, *ibid.*

⁵⁵⁵ Cass. Soc., 26 mars 2002, n° 99-43.155 ; MOULY (J.), Licenciement. Procédure. Entretien préalable. Notification. Interdiction de la représentation de l'employeur par une personne étrangère à l'entreprise, *Dr. soc.* 2002 p. 784

⁵⁵⁶ En l'absence de dispositions encadrant cette notion de délégation de pouvoir, la Cour d'appel n'avait pas déduit l'interdiction de déléguer le pouvoir de licencier à une personne étrangère à l'entreprise.

(aussi)⁵⁵⁷ voulu manifester, dans cet arrêt, sa volonté de ne pas autoriser trop facilement les employeurs à se décharger de la gestion de leur personnel sur des intermédiaires plus ou moins qualifiés, voire des officines douteuses »⁵⁵⁸. Il s'agit alors, selon cet auteur, de ne pas octroyer ce pouvoir à une personne qui n'est pas compétente en matière de licenciement, même si cette personne a été mandatée, et qui de surcroît est extérieure à l'entreprise. Il paraît acceptable que cette mission ne lui soit pas confiée dans cette situation.

359- Cette position a été confirmée le 7 décembre 2011 : la Cour de cassation censurant un arrêt de la cour d'appel a décidé, dans le même esprit de prononcer un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette affaire, il était aussi question d'un licenciement prononcé par un cabinet d'expertise comptable. Dans l'affaire du 26 mars 2002⁵⁵⁹, la Cour avait décidé que la procédure était irrégulière, alors que le juge avait prononcé l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. En effet, elle relevait que « la procédure de licenciement avait été conduite par le cabinet comptable de l'employeur, personne étrangère à l'entreprise, ce dont il résultait que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ». ⁵⁶⁰ M. le Professeur Auzero considère que cette solution « doit être pleinement approuvée. Admettre le contraire reviendrait à ravalier cette procédure au rang de pure formalité, ce qui ne peut être toléré »⁵⁶¹, mais aussi que « c'est la justification qui devait être examinée ». Autrement dit, l'existence d'un mandat doit être justifiée par l'appartenance du mandataire à l'entreprise, sinon la procédure de licenciement n'aurait aucune raison d'être. Et selon nous, la procédure de licenciement tend à contraindre l'employeur à respecter strictement la loi, afin de protéger le salarié autant que faire se peut. Et il semble qu'une personne étrangère à l'entreprise ne peut répondre à ce besoin de protection.

540- La Cour de cassation a pris en compte la particularité des groupes de sociétés dans un arrêt du 6 juillet 2011 : elle a admis que le directeur des ressources humaines d'une société mère n'est pas une personne étrangère à la société et peut prononcer un licenciement. Toutefois, cette décision a été rendue en fonction des circonstances d'espèce et le juge a pris en compte le fait que la société mère avait participé activement au recrutement et à la

⁵⁵⁷ Dans un premier temps, M. Mouly soulignait que la notification du licenciement au regard de l'absence du salarié à l'entretien préalable, justifiait la position de la Cour de cassation, puisqu'en principe l'entretien préalable a pour but de convaincre l'employeur (ou son délégataire) de ne pas notifier le licenciement.

⁵⁵⁸ MOULY (J.), *V. supra*

⁵⁵⁹ *V. infra*

⁵⁶⁰ Cass. Soc., 7 décembre 2011, n°10-30.222

⁵⁶¹ AUZERO (G.), *Contrat de mandat et pouvoir de licencier*, Dr.trav. 2012, p.94

promotion du salarié dans une société du groupe⁵⁶². L'appréciation de la notion de personne étrangère à l'entreprise est donc adaptée lorsque le pouvoir de licencier est identifié au sein d'un groupe de sociétés.

534- Même si ces décisions ont été rendues dans le cadre d'un licenciement personnel, il paraît possible de les transposer aux licenciements économiques. A travers ces solutions, il apparaît que la personne qui procède à la procédure de licenciement doit faire partie de l'entreprise ou être compétente par l'octroi d'une délégation de pouvoir. Il convient d'étudier les conditions de validité d'une telle délégation.

B - L'octroi de compétence au délégataire

542- Nous avons donc étudié que la personne qui obtient la délégation ne doit pas être étrangère à la société. A quelle personne faisant partie de l'entreprise le représentant légal peut-il octroyer la compétence de licencier ?

543- S'est posée la question de la compétence d'un salarié travaillant temporairement au sein de l'entreprise, dans le service des ressources humaines. La Haute Cour, censurant l'arrêt d'une cour d'appel, a décidé le 2 mars 2011 que le licenciement prononcé par ce salarié était valable, à condition qu'un mandat de direction lui donne compétence pour licencier. Le salarié temporaire fait partie selon cette solution de l'entreprise⁵⁶³. La délégation de compétence de licencier peut se faire de manière tacite en vertu du droit commun, et notamment de l'article 1985 du Code civil.

544- Depuis les arrêts rendus par la Chambre mixte, en date du 19 novembre 2010, la Cour de cassation a rappelé⁵⁶⁴ que l'écrit n'est pas indispensable pour que la délégation de pouvoir de licencier soit valable. En effet, elle a affirmé que « aucune disposition n'exige que la

⁵⁶² Cass. Soc. 6 juill. 2011, n° 10-17.119

⁵⁶³ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-67.237, JSL n° 298-6

⁵⁶⁴ La Cour avait déjà dégagé la délégation tacite : Cass. Soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608

délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement »⁵⁶⁵.

545- Il existe cependant des cas où le mandataire dépasse la délégation accordée par le représentant. Pour acter la validité à l'acte de licenciement, ce dernier doit ratifier la décision. En effet, le représentant ou le directeur général et son délégué (selon les statuts) peut ratifier un licenciement, pour accorder une légitimité au dépassement de pouvoir, en validant par écrit ou tacitement la décision de licencier prise par un salarié mandataire pour le compte de l'employeur⁵⁶⁶. Cette ratification a pour objet de valider « le bien-fondé » du licenciement et cet acte doit être consenti de manière « claire et non équivoque »⁵⁶⁷. Cependant, la ratification n'implique pas qu'une légitimité du licenciement soit caractérisée⁵⁶⁸. Même si la délégation est valable, le motif économique peut être contesté.

⁵⁶⁵ 2 arrêts, Cass. Soc., ch. Mixte, 19 nov. 2010, n°10-10.095, et n° 10-30.215

⁵⁶⁶ Cass. Soc., ch. Mixte, 19 nov. 2010 n° 10-30.215, préc. ; Cass. Soc. 28 sept. 2011, n°10-25.508 ; Cass. Soc., 23 nov. 2011, n° 11-10.100

⁵⁶⁷ Cass. Soc., ch. Mixte, 19 nov. 2010 n° 10-30.215, préc.

⁵⁶⁸ COEURET (A.), DUQUESNE (F.), Actualité de la délégation du pouvoir de licencier dans l'entreprise et le groupe d'entreprise, préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

546- A l'aune du droit du licenciement pour motif économique, l'appréciation de la cause réelle et sérieuse est adaptée au groupe de sociétés. La réalité des difficultés économiques est prise en compte dans le périmètre élargi du secteur d'activité.

547- La cessation d'activité ne suffit pas à justifier la légitimité du licenciement dans un groupe. En dehors de la détermination de coemploi dans le groupe qui ôte l'autonomie du licenciement dans ce cadre, la caractérisation d'une légèreté blâmable de l'employeur remet en cause la légitimité du licenciement.

548- Cette adaptation représentant une protection du salarié, démontre qu'il existe un véritable droit du licenciement économique dans les groupes de sociétés.

549- Ce droit existe bien dans l'esprit de la Cour de cassation. Il serait judicieux que le législateur aille dans le sens de la jurisprudence, en présence d'un constat « de l'impossible équation entre l'existence d'un groupe et l'autonomie juridique de la société »⁵⁶⁹. Si la jurisprudence estime que les suppressions d'emploi sont appréciées au niveau de l'entreprise et non du groupe, un revirement de jurisprudence serait bienvenu. En effet, le périmètre de suppression d'emplois étendu au groupe représenterait une protection supplémentaire pour le salarié en danger économique.

550- Dans son rapport annuel de l'année 2013, la Cour de cassation a rappelé que le rapport précédent proposait un « nécessaire regroupement des contentieux », afin qu'il y ait une harmonisation des décisions lorsque plusieurs litiges ont trait à divers établissements appartenant à un groupe. En effet, se pose le problème d'une distinction des litiges, justifiée sur l'autonomie de chaque entité. La Cour propose donc « de prévoir une concentration du contentieux, par exemple au lieu du siège social de l'entreprise dominante, pour que la juridiction désignée comme compétente bénéficie des moyens d'appréhender la réalité de la situation économique au sein de l'entité affectée et de traiter l'ensemble des conséquences, collectives et individuelles, en résultant »⁵⁷⁰. Cette proposition va dans le sens d'une incitation à l'harmonisation des décisions de la jurisprudence dans un premier, qui pourrait même

⁵⁶⁹ CALICE (L.), DIRIAT (M.-C.), préc.

⁵⁷⁰ Cass. Rapp. Annuel 2013.

conduire le législateur à consacrer un véritable droit des groupes dans le cadre de l'appréciation du motif économique.

- TITRE II -

LA PRISE EN COMPTE DE LA SPECIFICITE DU GROUPE PAR LE JUGE

551- Le juge judiciaire est seul compétent pour déterminer la responsabilité du groupe lorsqu'est contesté la cause réelle et sérieuse d'un licenciement. L'administration ne peut être compétente pour déterminer l'existence d'un coemploi, puisque son rôle prend fin *post* licenciement. Elle ne pourrait soulever cette situation en amont de la notification des licenciements⁵⁷¹. Dans un groupe de sociétés, il faut rechercher l'auteur du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse car l'employeur de la société qui a licencié n'est pas systématiquement le seul responsable de la rupture.

552- L'auteur du licenciement litigieux peut être l'employeur, ou une société du groupe donneuse d'ordre qui est en général la société « tête du groupe ». Le juge prend en compte cette réalité pour prononcer les responsabilités (chapitre I), mais aussi pour adapter les sanctions (chapitre II).

⁵⁷¹ PAGNERRE (Y.), le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'administration à reconnaître un coemploi, JCP S, n°25, 24 juin 2014,1263.

- CHAPITRE I -

DES RESPONSABILITES A RECHERCHER DANS LE GROUPE

553- Dans le cadre d'une contestation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le contrôle des licenciements économiques dans les groupes est sévère. Lorsqu'il s'agit de déterminer que la procédure a été détournée de son but, les réalités doivent être dénoncées. Le juge social, garant des intérêts du salarié a admis ces réalités : les licenciements déguisés sont des pratiques courantes dans les groupes de sociétés. Pour déterminer la responsabilité du groupe, le juge s'est attelé à déceler les réels motifs du licenciement (section I), démontrant les motivations de l'employeur ou du groupe, pour décider d'imputer la responsabilité aux réels auteurs de la rupture (section II).

Section I – La recherche des motifs réels du licenciement par le juge

554- En réalité, certains licenciements sans cause réelle et sérieuse ont une cause étrangère au motif économique. C'est pourquoi, le juge a eu l'occasion d'une part, de rechercher le but de ces licenciements, et d'autre part les réels auteurs de ces licenciements infondés. Les groupes de sociétés licencient pour restructurer les entreprises, non pas pour anticiper la sauvegarde de la compétitivité, mais pour rester compétitifs (§1), alors que le groupe est économiquement viable (§2).

§1 - Un motif fondé sur une restructuration de compétitivité du groupe

555- Le juge a remarqué que les groupes de sociétés ont parfois recours à des restructurations de compétitivité, pour diminuer les coûts salariaux (A), ou augmenter le cours des bourses (B).

A - Diminuer les coûts salariaux

556- Le juge a, dans le cadre de décisions de l'absence de motif économique de la rupture du contrat, relevé que les réelles motivations de l'employeur étaient orientées par la recherche d'une meilleure performance économique (1). Dans sa recherche des motifs économiques allant à l'encontre de la volonté du législateur, la jurisprudence va même jusqu'à apprécier la délocalisation comme une suppression d'emploi (2).

1 - La suppression d'emploi appréhendée comme « économique » par l'employeur

557- De plus en plus de groupes de sociétés ont recours à des licenciements économiques, car le coût des salaires est élevé. Cette réalité est motivée par le fait que l'employeur doit faire face à l'augmentation des rémunérations, justifiée par l'ancienneté des salariés. Cependant lorsque le groupe ne présente pas de difficultés économiques mais souhaite simplement réaliser des économies salariales, le licenciement n'est pas légitime. Face à cette pratique allant à l'encontre de la volonté du législateur, le juge a retenu l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement par l'employeur pour interdire de tels abus.

558- Dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise, l'employeur peut licencier les salariés à condition que cela soit justifié par la sauvegarde de la compétitivité⁵⁷². Aussi, le juge doit vérifier si le motif économique est légitime au regard de la situation de l'entreprise ou du groupe. Pourtant, la jurisprudence a exposé que certains employeurs détournaient la procédure de licenciement économique dans le seul intérêt de l'entreprise ou du groupe. Elle s'est attelée à la tâche d'interdire des licenciements fondés en réalité sur des restructurations de compétitivité, qui ne représentent pas un motif économique réel et sérieux.

559- En effet, le 24 avril 1990, la Chambre sociale a décidé qu'« en retenant que le fait que ce salarié coûtait trop cher ne saurait constituer dans une entreprise où les profits étaient considérables un motif de rupture, la cour d'appel a, à bon droit, décidé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique »⁵⁷³. Le juge souligne que le motif économique ne peut être sérieux lorsqu'il est justifié par le coût élevé d'un salarié dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise. Cet arrêt démontre que le juge souhaite interdire les recours abusifs à la procédure de licenciement économique. La Cour de cassation a toujours poursuivi cette position.

560- Deux décisions postérieures viennent ancrer cette jurisprudence. Dans le premier arrêt rendu en date du 16 mars 1994, il ressort que « le coût élevé du travail d'un salarié ne constitue pas un motif économique de licenciement, lorsque la situation financière de

⁵⁷² V. *supra* chapitre préc.

⁵⁷³ Cass., soc., 24 avr. 1990, n° 88-43.703

l'entreprise lui permet d'en assurer la charge ; ayant relevé que la situation de l'entreprise était florissante et que deux salariés avaient été embauchés à un salaire inférieur pour assurer l'emploi dévolu au salarié licencié, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, décider que le licenciement litigieux n'était pas justifié par un motif économique »⁵⁷⁴.

561- Dans la même lignée, un second arrêt représente une parfaite illustration de l'interdiction affirmée des licenciements fondés sur une économie du coût salarial. En effet, le 1^{er} décembre 1999, les Hauts Magistrats ont également eu l'occasion de déceler des motifs de rentabilité comme cause de licenciement économique. La Chambre sociale a rejeté un pourvoi, approuvant la décision de la cour d'appel qui soulignait que « le chiffre d'affaire de la société était en nette progression en 1991,(...) que la suppression des emplois permanents à laquelle elle s'était livrée répondait moins à une nécessité économique qu'à la volonté de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la réorganisation n'avait été décidée que pour supprimer les emplois permanents de l'entreprise et non pour sauvegarder sa compétitivité »⁵⁷⁵. On constate que la suppression de poste est utilisée pour augmenter les profits et non pas sauvegarder la compétitivité, et que le licenciement économique est utilisé à des fins de rentabilité au détriment de la stabilité de l'emploi. Cette décision montre également que les juges contrôlent la finalité du licenciement. Pour asseoir son raisonnement, la recherche de la finalité est illustrée par l'étude de la situation de l'entreprise à la date des licenciements, mais aussi postérieurs aux licenciements.

562- Cette position mérite entièrement d'être saluée, puisque les réels motifs sont plus compétitifs qu'« économiques ». Car faire des économies sur un salarié ne justifie pas le motif économique. Autrement dit, les licenciements sont motivés par le désir, pour le groupe, d'être plus compétitif face à la concurrence, plus qu'à celui de sauvegarder la compétitivité.

563- La doctrine s'est penchée sur ces réels motifs et s'est interrogée sur le fondement d'une restructuration de compétitivité invoquée comme motif de licenciement économique. Comme le souligne justement Mme Reynès, « la rentabilité de l'entreprise n'est pas une cause de

⁵⁷⁴ Cass., soc., 16 mars 1994, n° 92-43.094

⁵⁷⁵ Cass. Soc., 1^{er} déc. 1999, n°98-42.746.

licenciement »⁵⁷⁶. De plus, cet auteur reste perplexe quant à cette jurisprudence qui établirait selon lui « une confusion entre cause qualificative et justificative du licenciement », en ce qu'elle révèle un licenciement injustifié, mais tout de même économique. Cette interprétation est confirmée par M. le Professeur Savatier, pour qui la Cour de cassation aurait dû relever que le licenciement n'est pas justifié⁵⁷⁷, alors qu'elle avait décidait que « le licenciement n'était pas justifié par une cause économique ».

564- Pourtant, il semble que le motif économique est clairement défini par le législateur et la jurisprudence⁵⁷⁸, ce qui nous invite à penser que la confusion n'existe pas dans l'esprit du juge qui s'attache à vérifier que la cause économique est caractérisée.

565- Ces propos peuvent être corroborés par une décision de la Chambre sociale en date du 13 février 1999. En effet, la Cour de cassation garde à l'esprit que le licenciement conserve tout de même sa nature économique puisque, « le défaut de cause réelle et sérieuse d'un licenciement n'enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique »⁵⁷⁹. La portée de cette décision est de dénoncer les licenciements poursuivant un objectif de rentabilité et de mettre fin à ces pratiques déloyales dans les entreprises.

566- Lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe de sociétés, le juge adopte la même position d'interdiction des licenciements ayant une cause réelle de rentabilité. Dans un arrêt en date du 7 octobre 1998, la Cour de cassation, rappelant que les difficultés économiques s'apprécient au niveau de l'entreprise, sauf si elle fait partie d'un groupe, a décidé que :

« Les difficultés économiques s'apprécient au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci ne fait pas partie d'un groupe ; la cour d'appel qui n'a pas méconnu les conclusions, a constaté que la société se prévalait en réalité de l'absence de rentabilité du poste de Mme X... ; ayant relevé que les difficultés de l'entreprise n'étaient pas réelles, et que la réorganisation invoquée était destinée exclusivement à réaliser une économie sur le salaire, elle a pu en déduire que le licenciement n'était pas justifié par un motif économique »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ REYNES (B.), La rentabilité de l'entreprise n'est pas une cause économique de licenciement, D. 2000, 379

⁵⁷⁷ SAVATIER (J.), Licenciements pour motif économique. Réorganisation de l'entreprise non nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité. Absence de cause réelle et sérieuse, Dr. Soc. 2000, p. 212

⁵⁷⁸ V. *supra* chapitre précédent

⁵⁷⁹ Cass. Soc. 13 avr. 1999, n° 96-45.028, D. 1999, 129. Dans cette décision, le juge a rappelé que le défaut de cause réelle et sérieuse ne peut priver le salarié de son droit à bénéficier de la priorité de réembauchage dès lors que le licenciement conserve sa nature économique.

⁵⁸⁰ Cass., soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.107

567- L'on peut inférer à la lumière de la jurisprudence précédente, qu'en présence d'un groupe, le juge adopte le même raisonnement tout en étant plus attentif. En outre, il rappelle implicitement que le droit des groupes en matière de licenciement est spécifique⁵⁸¹. Pour vérifier la légitimité du motif économique, et déceler une réalité fondée sur la finalité économique du recours au licenciement, le juge doit prendre en compte le secteur d'activité du groupe⁵⁸².

568- Par ailleurs, pour faire des économies sur l'emploi, les groupes délocalisent certaines entreprises. Pourtant, le juge assimile cette délocalisation à une suppression d'emploi.

2 - La délocalisation appréciée comme une suppression d'emploi par le juge

569- L'article L. 1233-3 du Code du travail dispose notamment que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression (...) »⁵⁸³. Se pose alors la question de savoir si la délocalisation entre dans le champ d'application de cette disposition.

570- Selon M. le Professeur Lyon-Caen, la délocalisation représente « une exportation de l'emploi »⁵⁸⁴. Les groupes de sociétés ont souvent recours à la délocalisation d'activité, impliquant parfois la fermeture de nombreuses entreprises, réimplantées à l'étranger. La raison pour laquelle cette pratique est courante reste la même : faire des économies sur les salaires. Cependant, les délocalisations sont néfastes pour l'emploi en France. Au regard de cet inconvénient, il convient de se poser une question essentielle: délocaliser, est-ce licencier ?

⁵⁸¹ V. *supra*. Le juge a déjà dégagé une obligation de reclassement spécifique au groupe (v. partie I, titre I chapitre II), et contrôle le motif économique de manière adaptée au groupe de sociétés (V. chapitre précédent).

⁵⁸² V. *supra* chapitre précédent

⁵⁸³ Sur l'appréciation du motif économique et de la définition de suppression d'emploi, v. *supra* chapitre précédent

⁵⁸⁴ LYON- CAEN (A.), Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Dr. Soc. 1998, p.489, note ss Cass. Soc 5 avril 1995, n° 93-42.690 (arrêt vidéocolor)

571- Question à laquelle la jurisprudence a répondu par la positive. En effet, dans l'arrêt Videocolor en date du 5 avril 1995, la Cour de cassation a notamment considéré qu' « il résulte de la fermeture d'un établissement de la société et de l'exercice de l'activité sur d'autres sites, notamment à l'étranger, dans un milieu différent, que les emplois des salariés dudit établissement ont été supprimés »⁵⁸⁵. La délocalisation est donc appréciée comme une suppression de poste par la jurisprudence. Cette assimilation signifie que la délocalisation doit être motivée par un motif économique pour que l'article L. 1233- 3 du Code du travail s'applique.

572- Ainsi, on constate qu'il existe bien un droit des groupes adapté représentant une source de sécurité juridique. On sait que les groupes utilisent la procédure de licenciement pour faire des économies sur l'emploi, et que la jurisprudence a freiné ce comportement critiquable. Cette dernière va donc plus loin en confondant la délocalisation et la suppression d'emploi ; d'autant plus que certains groupes ferment des filiales pour externaliser des branches d'activités. Ce rapprochement lui permet donc de sanctionner au mieux les pratiques de certains groupes, sachant que la cessation d'activité n'est pas systématiquement une cause autonome du licenciement dans les groupes⁵⁸⁶. Par ailleurs, dans sa mission de contrôle du motif économique des licenciements, le juge a eu l'occasion de retenir comme motivation de l'employeur l'augmentation du cours des bourses.

B - Augmenter le cours des bourses

573- Le juge a découvert un nouveau licenciement de compétitivité déguisé comme un licenciement économique. Dans un arrêt en date du 13 septembre 2006, il a décelé que les groupes avaient en réalité pour but d'augmenter le cours des bourses. La Cour de cassation décidait que « la cour d'appel, qui avait exactement énoncé qu'une réorganisation ne peut

⁵⁸⁵ Arrêt VIDEOCOLOR, 5 avr. 1995, préc. ; KELLER (M.) Une délocalisation industrielle peut-elle constituer une cause économique réelle et sérieuse pour procéder à un licenciement économique ?, Cass., Soc., 5 avr. 1995, Recueil Dalloz 1995, p. 503 ; DE LAUNAY-GALLOT (I.), Une délocalisation industrielle peut-elle constituer une cause économique réelle et sérieuse pour procéder à un licenciement économique ?, Recueil Dalloz 1995 p. 367

⁵⁸⁶ On sait à ce sujet que la cessation d'activité ne peut être considérée systématiquement comme une cause autonome du licenciement dans les groupes de sociétés, lorsqu'elle n'est pas fondée sur des difficultés économiques, appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe ; sur ce point v. chapitre préc.

être une cause économique de licenciement que si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et qui a constaté que la réorganisation visait une amélioration des marges qui étaient positives, ne justifiait pas d'une telle nécessité, a pu décider que le licenciement de la salariée était dépourvu de cause économique »⁵⁸⁷. Dans cette décision, la Chambre sociale dénonce des licenciements boursiers, et interdit donc ce recours comme motif de licenciement économique. Cette décision démontre une volonté du juge de protéger les droits fondamentaux des salariés, face à des groupes de sociétés qui font des choix stratégiques pour rester compétitifs sur le marché du travail, au détriment de l'emploi.

574- Pour vérifier l'existence de motifs fondés en réalité sur une restructuration de compétitivité, le juge applique une méthode pour contrôler sévèrement ces motifs.

§2- Un motif strictement contrôlé

575- Pour démontrer que certains groupes de sociétés instrumentalisent la procédure de licenciements économiques, le juge contrôle les actes de gestion de l'employeur (A). Mais, cette immixtion du juge peut-elle porter atteinte à la liberté d'entreprendre de l'employeur, telle que garantie par la Constitution ? Il apparaît qu'elle est nécessaire au but recherché, la protection de l'emploi (B).

A- Le contrôle des actes de gestion

576- Plusieurs décisions ont relevé l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement lorsqu'il n'est pas justifié par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité du groupe⁵⁸⁸. Dans ces décisions, l'absence de cause réelle et sérieuse relevée par le juge était justifiée. Le juge s'est adapté à la

⁵⁸⁷ Cass., soc., 13 sept. 2006, n° 05.-41.665

⁵⁸⁸ V. *supra* sur « une cessation d'activité loyale », titre I, chapitre II de cette partie.

réalité économique, et a exposé la réalité : des choix stratégiques ont motivé les licenciements économiques de certains groupes de sociétés.

577- Dans l'arrêt *Good Year* ⁵⁸⁹ du 1^{er} février 2011, la Cour de cassation a décidé qu'un licenciement dicté par le groupe reposait sur des motifs injustifiés. En effet, le juge a relevé que les licenciements ont été prononcés « non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée »⁵⁹⁰. Il est donc acquis que les juges du fond peuvent désormais apprécier le comportement de l'employeur, notamment dans le cadre de ses choix stratégiques, dans le but d'apprécier une éventuelle désinvolture.

578- Cette immixtion est possible depuis la décision précitée du 1^{er} février 2011, car la Cour de cassation octroie le pouvoir au juge du fond d'apprécier la pertinence d'une décision du groupe de licencier⁵⁹¹. Désormais, le juge peut prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier l'existence d'une légèreté blâmable. A ce titre, elle a pu constater que « la baisse d'activité de la société K-Dis était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats, que n'étant pas un distributeur indépendant, elle bénéficiait fort logiquement de conditions préférentielles d'achat auprès du groupe, dont elle était la filiale à 100 % à travers une société holding et que la décision de fermeture a été prise par le groupe »⁵⁹².

579- Autrement dit, l'employeur assimile son pouvoir de licencier à une gestion économique, et le juge sanctionne le détournement de la procédure de licenciement économique par l'employeur. Cette décision marque l'existence encrée d'un droit du licenciement spécifique au groupe car le juge ne doit en principe pas contrôler les actes de gestion⁵⁹³. Au regard de

⁵⁸⁹ V. *supra* chapitre précédent (section I, §2, B)

⁵⁹⁰ Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-30045 ; Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 01 avril 2011 n° 229, P. 106, note Pansier (F-J.), stratégie d'entreprise ou réalité économique du licenciement. V. *supra* chapitre II titre i de cette partie.

⁵⁹¹ V. *infra*

⁵⁹² Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-30045, préc.

⁵⁹³ D'ailleurs, le juge avait déjà vérifié les actes de gestion dans le cadre d'une mutation imposée au salarié : v. cass., soc.14/05/97n° 94-43.712 : « D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir relevé que la mutation du salarié n'avait pas de caractère disciplinaire mais avait pour causes le sureffectif de l'agence dans laquelle il était employé et le départ en retraite du directeur d'une autre agence et répondait ainsi à un besoin de l'entreprise, ce dont il résultait que le licenciement découlant de son refus d'accepter cette mutation constituait un licenciement économique, la cour d'appel, qui s'est bornée à retenir que la mutation imposée au salarié était nécessitée par la bonne gestion de l'entreprise sans constater qu'elle était consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ».

l'instrumentalisation illégitime du droit des procédures collectives par l'employeur pour satisfaire l'intérêt du groupe, le juge a dépassé son pouvoir de contrôle.

580- Ainsi, l'on peut se demander si le contrôle des actes de gestion de l'employeur par le juge porterait atteinte à la liberté d'entreprendre. Cependant, l'immixtion du juge dans cette liberté est proportionnée au but recherché, la protection de l'emploi.

B - L'immixtion du juge proportionnée au but recherché : la protection de l'emploi

581- Le juge doit s'atteler à la tâche difficile de décider si un licenciement pour motif économique est justifié. Il doit cependant prendre en compte la liberté d'entreprendre de l'employeur, et évaluer si cette liberté est affectée, tout en gardant à l'esprit que la stabilité de l'emploi doit aussi être protégée.

582- « La liberté d'entreprendre, si estimable et nécessaire soit-elle, ne permet pas de justifier par un comportement fautif une fermeture de l'entreprise et la suppression de tous les emplois qui s'y attachent »⁵⁹⁴.

583- En ce sens, la liberté d'entreprendre est limitée par la caractérisation de la légèreté blâmable (1) et par celle du coemploi (2).

1 - La liberté d'entreprendre limitée par la légèreté blâmable

584- Lorsque l'employeur décide de fermer une entreprise faisant partie d'un groupe, malgré sa bonne santé économique, le juge vérifie si la cause du licenciement est réelle et sérieuse. Le juge va cependant être confronté à la liberté d'entreprendre de l'employeur, maître de ses choix de gestion. Fermer l'entreprise, licencier des salariés : telle est son droit si la cessation

⁵⁹⁴ BAILLY (P.), Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique, Revue juridique de l'économie publique n° 686, Mai 2011, comm. 25, note ss cass., soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199, FS-P+B+R, Sté Jungheinrich

d'activité est totale et définitive, et loyale⁵⁹⁵. Cependant, la liberté d'entreprendre trouve ses limites dans l'existence d'une légèreté blâmable⁵⁹⁶ dans le cadre d'une faillite.

585- La question est alors de savoir s'il est porté atteinte à la liberté d'entreprendre lorsque le juge vérifie la cause réelle et sérieuse des licenciements. Ou plus précisément : L'immixtion du juge dans les actes de gestion de l'employeur ne porte-t-elle pas atteinte au pouvoir de direction de l'employeur ? Cette question doit être appréhendée à l'aune du comportement du juge, qui continue à vérifier les actes de gestion dans le but de démontrer que le choix de l'employeur pour justifier du motif économique n'est pas acceptable, au regard des possibilités ouvertes à lui pour éluder les licenciements⁵⁹⁷.

586- Question à laquelle la jurisprudence a répondu tout d'abord de manière positive. En effet, dans une décision du 8 décembre 2000, la Cour de cassation a rappelé qu'il n'appartient pas à la cour d'appel de « contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles »⁵⁹⁸, entre les motifs possibles de réorganisation. En 2010, cette position jurisprudentielle a été réaffirmée dans le cadre d'une réorganisation comme motif de licenciement. La Cour de cassation a décidé que « s'il appartient au juge de contrôler le caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagé par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation ». Dans cette affaire, la cour d'appel avait contrôlé la situation financière du groupe, et avait relevé qu'aucune preuve ne démontrait que ce choix de licencier était la solution permettant d'anticiper des difficultés économiques, et qu'un autre choix aurait pu éviter un tel recours. Depuis, le juge intervient dans le but de contrebalancer l'immixtion des sociétés mères dans les actes de gestion de leur filiale⁵⁹⁹.

587- Quant à la doctrine, M. Draï considère qu'« apprécier le sérieux du motif de licenciement, n'est-ce pas se prononcer sur sa légitimité et donc porter un avis sur le choix de la mesure opérée par l'employeur ? L'immixtion du juge est donc inévitable parce que

⁵⁹⁵ V. *supra*

⁵⁹⁶ BAILLY (P.), Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique, op. cit.

⁵⁹⁷ V. *supra* chapitre préc.

⁵⁹⁸ Cass, soc. 8 déc. 2000, préc. (v. chapitre précédent, arrêt étudié dans le cadre de la réorganisation comme cause de licenciement)

⁵⁹⁹ V. chapitre précédent.

nécessaire à son office »⁶⁰⁰. Cette position doit être saluée, car il est indispensable que le juge s'immisce dans les actes de gestion pour protéger les intérêts des salariés. De plus, cette position démontre que le juge réserve un droit particulier du licenciement économique dans les groupes de sociétés.

588- Le juge limite également la liberté d'entreprendre lorsqu'il qualifie la société mère de coemployeur dans le but de lui imputer les conséquences de la rupture du contrat.

2 - La liberté d'entreprendre limitée par le coemploi

589- Lorsque le juge vérifie le motif économique qui a poussé l'employeur à licencier, il peut être amené à caractériser la qualité de coemployeur d'une société mère ou d'une filiale, si le salarié assigne les différentes sociétés pour licenciements sans cause réelle et sérieuse. Cette recherche du coemployeur⁶⁰¹ peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises⁶⁰², elle est proportionnée au but recherché, la préservation des intérêts du salarié.

590- Ainsi, la protection de l'emploi et la liberté d'entreprendre sont deux intérêts qui sont mis en balance. L'on peut inférer que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre est proportionnée au but recherché. Le juge limite donc la liberté d'entreprendre au nom de l'emploi, et s'attèle à rechercher les réels auteurs de la rupture dans le but de leur imputer la responsabilité des licenciements prononcés.

⁶⁰⁰ DRAI (L.), Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ?, Revue de droit du travail 2011 p. 285.

⁶⁰¹ Sur le développement de la notion de coemployeur, v. *supra* section suivante.

⁶⁰² V. *infra* section II

Section II – La recherche des auteurs réels du licenciement par le juge

591- Dans les groupes de sociétés, les décisions de fermer un site, ou de restaurer une filiale sont généralement prises par le groupe, qui incite l'employeur à réduire les effectifs, ou à liquider l'entreprise pour des raisons stratégiques. Pourtant, déterminer la responsabilité des réels auteurs de la rupture du contrat pour motif économique n'est pas chose simple.

592- Dans l'arrêt *Good Year*⁶⁰³ précédemment exposé, il est précisé que c'est le groupe a pris la décision de licencier, motivé par des choix stratégiques. Selon Mme Favennec-Héry qui s'est exprimée à propos de cette décision, « dans ce cadre, une responsabilité du groupe est indirectement retenue »⁶⁰⁴. Mais la nécessité d'imputer directement la rupture aux réels responsables des licenciements sans cause réelle et sérieuse a été prise en compte par le juge, au regard de la sécurité juridique. En effet, peut-on légitimement déclarer responsable de telles ruptures, les seuls employeurs de filiales ? Question à laquelle nous répondrons par la négative, au regard de la qualification de coemployeur, qui n'est pas intrinsèquement liée à l'appartenance à un groupe (§1). Le juge a également la possibilité de condamner les réels auteurs de la rupture par le biais de la responsabilité délictuelle. A l'aune de l'utilisation par le juge de droit commun pour sanctionner, la notion de coemploi est-elle vouée à disparaître ? (§2).

⁶⁰³ Cass. soc., 1er févr. 2011, n° 10-30045 , préc.

⁶⁰⁴ FAVENNEC- HERY (F.), Motif économique, reclassement et groupe de sociétés, préc.

§1 - Une qualification de coemployeur non lié intrinsèquement à l'appartenance à un groupe

593- Le coemploi est un concept dégagé par la jurisprudence et démontre que le droit social dispose d'un droit spécifique au groupe dans le cadre de la procédure de licenciement économique. Le coemploi est défini comme « une communauté d'intérêts lorsqu'une société détient sur une autre la majeure partie du capital, une gestion commune du personnel ainsi qu'une même autorité en termes de choix stratégiques de nature à confondre activités, intérêts et direction »⁶⁰⁵.

594- Lorsque l'employeur qui répond aux ordres du groupe de fermer la filiale, et est le seul sanctionné, la question de la légitimité de la responsabilité doit être posée. La jurisprudence a dégagé la notion de coemploi pour essayer de se positionner de manière adaptée au groupe, et ainsi permettre l'imputabilité de la rupture aux véritables responsables, notamment lorsque la légèreté blâmable est caractérisée. Lorsqu'un licenciement est prononcé sans cause réelle et sérieuse, la responsabilité du groupe est en principe niée (A), sauf à déterminer l'existence d'un coemploi (B).

A- La responsabilité du groupe niée

595- La responsabilité du groupe dans l'implication des licenciements est niée, parce que les sociétés composant le groupe sont indépendantes, et que chaque employeur le sont en principe (1). Cependant, la réalité est parfois différente dans les groupes de sociétés, et l'employeur applique les décisions dictées par le groupe (2).

⁶⁰⁵ Cass. Soc., 18 janv. 2011 (n°09-70662).

1 - Le principe : indépendance des employeurs dans le groupe

596- L'absence de personnalité morale du groupe empêche le salarié d'attirer le groupe en contestation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le groupe de sociétés n'a donc pas de personnalité juridique⁶⁰⁶ et chaque société est indépendante et libre de ses choix de gestion. Le droit des sociétés prône ce principe d'indépendance des sociétés. Dans certains groupes de sociétés, le principe d'autonomie des sociétés est parfaitement appliqué.

597- En effet, lorsque des licenciements économiques sont prononcés, cette rupture ne doit pas incomber à la société mère, qui ne peut être qualifiée de coemployeur du seul fait de son appartenance à un groupe. Et cette idée peut être corroborée par la nécessité pour les groupes d'appliquer des politiques économiques communes, c'est la raison d'être du groupe. En revanche, l'application de cette communauté d'intérêt doit être gérée par chaque personne morale.

598- La Chambre sociale a d'ailleurs rendu une décision le 3 mars 2004, dans laquelle elle a reconnu que le groupe n'est pas l'employeur de tous les salariés du groupe⁶⁰⁷. Dans le même esprit, elle a admis en ce sens que l'obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique n'incombe qu'à l'employeur et non au groupe. En effet, dans le célèbre arrêt « Flodor » du 10 janvier 2010, les Hauts magistrats décidèrent « qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement »⁶⁰⁸. Cette jurisprudence rappelle alors le principe d'indépendance des sociétés, et donc une distinction entre les employeurs associés à chaque entreprise composant le groupe. Il apparaît ici que la seule façon pour que cette obligation de reclassement dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi soit imputable à l'employeur et au groupe⁶⁰⁹, est de déterminer la qualité de coemployeur. Autrement dit, la responsabilité du groupe, et donc de la société mère, peut être engagée lorsqu'il est prouvé que cette dernière a participé activement à la mise en œuvre de la procédure de licenciement. De plus, elle ne peut se déduire de la seule appartenance à un groupe.

⁶⁰⁶ V. *infra* titre II de cette partie, chapitre II, section III « Confusion avec l'admission d'une reconnaissance de la personnalité morale du groupe ? »

⁶⁰⁷ Cass., soc., 3 mars 2004, n°03-40.130

⁶⁰⁸ Arrêt « Flodor », Cass. Soc. 10 janv. 2010, préc. v. *supra* (partie I titre sur l'obligation de reclassement)

⁶⁰⁹ La référence au groupe renvoie à la société mère, mais aussi aux sociétés sœurs.

599- Si le principe d'indépendance des sociétés permet au groupe de nier sa responsabilité, dans les faits, certaines sociétés ne sont pas indépendantes, appliquant les ordres dictés par le groupe.

2 - Les faits : agissements de l'employeur dictés par le groupe

600- Le principe d'indépendance des sociétés et la liberté d'entreprendre de chaque employeur composant le groupe ne sont pas toujours reflétés dans les faits. C'est notamment le cas lorsque c'est le groupe qui gère la direction économique et sociale de ses filiales, sans que l'employeur de ces dernières ne soit le seul décideur de la mise en œuvre des licenciements économiques.

601- M. le Professeur Loiseau perçoit dans le coemploi une exception au principe d'indépendance des sociétés lorsqu'il se pose la question suivante : « quelles circonstances et quelles raisons président au basculement d'une situation à l'autre, au passage du principe d'indépendance des sociétés du groupe à l'exception du coemploi qui en unit certaines de force ? »⁶¹⁰ Cette interrogation signifie que le principe d'indépendance comporte une exception, le coemploi, mais aussi que cette exception s'impose lorsque le groupe dépasse sa politique économique et sociale. En outre, l'on peut déduire que le basculement d'une situation à l'autre, selon M. Grégoire Loiseau, se ferait lorsque la société dominante s'immiscerait dans les affaires de la filiale lui ôtant toute autonomie. Et le terme « de force » renvoie à la soumission des filiales pour appliquer les directives émises par la société mère. M. le Professeur Loiseau appréhende la notion de coemploi de manière satisfaisante. Dans cet esprit, la responsabilité du groupe ne peut être niée.

602- Comme le soulève également M. Damien Chatard, « le sanctuaire de la personnalité morale dans lequel se réfugie le groupe de sociétés doit pour échapper à toute forme de responsabilité être violé »⁶¹¹. Cette formulation signifie que le principe d'indépendance des sociétés comporte une exception, le coemploi, utile au juge pour adapter la procédure de

⁶¹⁰ LOISEAU (G.), Coemploi et groupes de sociétés, JCP S, n° 47, 22 Novembre 2011, 1528

⁶¹¹ CHATARD (D.), Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés, lexis nexis, 2013, p.133

licenciement économique au groupe. C'est principalement ce qui lui permet de déterminer la responsabilité du groupe.

B - La responsabilité du groupe déterminée

603- On sait que le juge a déjà relevé qu'une fermeture de filiales en bonne santé était la conséquence d'une réponse de l'employeur à une exigence du groupe⁶¹². La détermination du coemploi par le juge est nécessaire pour retranscrire la réalité dans certains groupes de sociétés, et notamment celle d'une dépendance de chaque entreprise envers la société mère. En ce sens, les réels auteurs doivent être déterminés lorsque les licenciements économiques ne sont pas justifiés.

604- Il est possible d'engager la responsabilité du groupe, et notamment d'imputer la responsabilité à la société donneuse d'ordre et à l'employeur qui a appliqué l'ordre. En effet, il est possible d'engager la responsabilité de la société mère du groupe, en se fondant sur le concept du coemploi. Mais, caractériser le coemploi dans les groupes se révèle difficile.

605- Selon M. le Professeur Porta, « deux voies sont ouvertes au salarié pour percer le voile de la personnalité morale »⁶¹³. Autrement dit, il existe deux techniques permettant de caractériser un coemploi. La première est la démonstration d'un rapport de subordination directe entre deux sociétés du même groupe, la seconde celle d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction. Toutefois, la jurisprudence a abandonné le critère du lien de subordination (1), au profit de celui de la triple confusion (2).

⁶¹² Cass., soc. 28 oct. 2008, n° 07-41.647, Sté Holding c/ Lemoine. Arrêt cité dans le chapitre précédent qui retient la légèreté blâmable de l'employeur qui avait fermé son entreprise rapidement sur ordre du groupe, alors que la société présentait des bilans économiques prometteurs; Dans le même sens, Cass. soc., 1er févr. 2011, n° 10-30045, préc.

⁶¹³ Expression utilisée par M. Porta, in LOKIEC (P), PORTA (J.), Droit du travail : relations individuelles de travail, juin 2010 - février 2012, Recueil Dalloz 2012 p. 901

1 - Le critère du lien de subordination abandonné

606- Ce premier critère est généralement utilisé dans le cadre de litiges individuels⁶¹⁴ par la Chambre commerciale ou l'Assemblée Plénière pour déterminer l'existence d'un coemployeur vis-à-vis de chaque salarié d'une filiale. En effet, le lien de subordination directe serait caractérisé entre un salarié de la filiale et la société mère.

607- Le lien de subordination juridique est un critère restreint et difficile à démontrer pour prouver l'existence d'un coemployeur.⁶¹⁵ C'est principalement pour cette raison que ce critère du lien de subordination utilisé pour caractériser l'existence d'un coemploi a été peu à peu abandonné.

608- La jurisprudence en est une parfaite illustration. En effet, dans un arrêt du 28 mai 2008, la Chambre sociale de la Cour de cassation a marqué le début de l'abandon dudit critère. Dans cette décision la cour d'appel avait condamné solidairement deux associations au paiement de dommages et intérêts, au profit d'une salariée, pour licenciement économique sans cause réelle et sérieuse. Le moyen soulevé par l'association déclarée coemployeur était la non existence du lien de subordination. Pourtant la Cour de cassation ignora ce moyen en décidant que « la cour d'appel qui a constaté que l'association CITI avait été créée à l'initiative de l'ASPP, que ces associations avaient des activités complémentaires, que le conseil d'administration de l'ASPP se tenait informé de l'évolution de l'association CITI, que son directeur général intervenait dans la gestion de cette dernière et que l'ASPP avait procédé au recrutement de la salariée, a fait ressortir, entre ces deux associations, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction ; qu'elle a pu en déduire la qualité de co-employeur de l'ASPP »⁶¹⁶. Même si cette décision ne fait pas référence au groupe de sociétés, il semble qu'elle peut être transposable sans difficulté en considérant que l'association déclarée coemployeur peut représenter la société mère.

⁶¹⁴ LABAT (N.), La caractérisation du coemploi par les juridictions de première instance en quête d'identité, Cons. Prud'h. Roubaix, sect. Commerce, 4 oct. 2013, cah. Soc.n°257, nov. 2013, p.455.

⁶¹⁵ LOISEAU (G.), Coemploi et groupes de sociétés : JCP S 2011, 1528 ; MORVAN (P.), L'identification du coemployeur : JCP S 2013, 1438

⁶¹⁶ Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-45.395

609- D'ailleurs, Maîtres Lagesse et Laurent affirmèrent en se référant à cette décision que l'« on peut sans doute juste souligner que, dans ces situations, le juge semble enclin à faire le deuil de la preuve du lien de subordination juridique au profit d'une analyse plus économique et « corporate » de la situation »⁶¹⁷. D'autres auteurs comme M. le Professeur Antonmattei critiquent justement cette vision simplement économique dans l'appréciation de l'existence d'un coemploi dans les groupes de sociétés. Selon cet auteur, le critère de la triple confusion d'intérêts utilisé pour déterminer un coemploi représenterait « une menace »⁶¹⁸ car il relève d'une analyse économique, et le critère du lien de subordination serait plus adapté. Puis, M. le Professeur Loiseau, quant à lui s'interroge en ce sens et parle du coemploi comme « un nouveau virus des groupes de sociétés », et appréhende cette notion par le « risque »⁶¹⁹ pour les groupes. Il semble toutefois que, dans le cadre de licenciements économiques, une appréhension économique serait bienvenue, au regard des détournements de la procédure par certains décideurs autres que l'employeur, pour augmenter les profits du groupe⁶²⁰. Pour exemple, la société mère est souvent responsable de la mise en cessation de paiement d'une de ses filiales alors que le groupe est en bonne santé économique. Le critère du lien de subordination n'est pas, à lui seul, le plus adapté pour condamner les réels auteurs de licenciements sans cause réelle et sérieuse dans un groupe.

610- Les Hauts Magistrats ont abandonné le critère du lien de subordination au profit de la triple confusion entre les sociétés. Dans un arrêt du 22 juin 2011 rendu par la Cour de cassation, ils décidèrent que le critère de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction « suffit à leur conférer la qualité de coemployeur »⁶²¹.

611- Ce raisonnement a été confirmé dans le célèbre arrêt *Metaleurop* du 28 septembre 2011. En effet, dans cette décision a été consacré le principe de la triple confusion d'intérêts « se manifestant notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de sa filiale, (...) sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère »

⁶¹⁷ LAGESSE (P.), LAURENT (N.), Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?, JCP G, n° 1, 7 Janvier 2009, I 101

⁶¹⁸ ANTONMATTEI (P-H.), Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme!, Semaine sociale Lamy, 21 mars 2011, n°1484

⁶¹⁹ LOISEAU (G.), Coemploi et groupes de sociétés, v. *supra*.

⁶²⁰ V. *supra* Partie I, titre II chapitre II « la prévention des licenciements dans le cadre d'une procédure collective ».

⁶²¹ Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.021

⁶²². La Chambre sociale opte pour une appréciation « globale ». Selon M. Rosec, cette jurisprudence « s'intéresse désormais, singulièrement en matière de procédure de licenciement pour motif économique, aux relations de l'employeur de droit et de l'employeur de fait »⁶²³. Pour la CJUE, il existe « un employeur contractuel » et « un employeur non contractuel »⁶²⁴. Le premier étant celui qui lie le salarié d'une filiale par le contrat de travail, et le second étant celui qui agit comme l'employeur⁶²⁵, mais qui ne l'est pas juridiquement. Ainsi, les deux conceptions se rejoignent, le juge contrôle le comportement de la société mère pour identifier l'exercice de son pouvoir et le degré de dépendance de la filiale pour identifier l'existence d'un coemploi entre la société mère et sa filiale. Cette absence de nécessité de l'existence d'un lien de subordination a été réaffirmée récemment au profit de la triple confusion d'intérêts.

612- En effet, le 26 mars 2013, la cour d'appel confirme la conception du coemploi, caractérisée par une confusion d'intérêts, d'activités et de direction sans qu'un lien de subordination directe entre le salarié et la société présumée coemployeur n'existe⁶²⁶. Cette dernière solution n'a pas été rendue dans un contexte de licenciement économique, mais dans le cadre de la contestation d'une démission. Cependant, elle met en évidence le fait que, pour déterminer l'existence d'un coemploi, la preuve d'un lien de subordination directe n'est pas indispensable. Désormais, le critère le plus adapté pour caractériser un coemployeur est celui de la triple confusion.

⁶²² Cass., soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 à 10-13.486.

⁶²³ L'auteur fait ainsi référence à la jurisprudence précédemment étudiée, l'arrêt *Metaleurop*, in MARTINON (A.), *Le licenciement pour motif économique, quelles dynamiques ?*, Lexis Nexis, 2012, p.67

⁶²⁴ CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, *Albron Catering c/ FNV Bondgenoten*, § 20 : Semaine sociale Lamy, n° 1485, p. 12, note M.-H. Chezlemas.

⁶²⁵ C'est l'employeur de fait. Par exemple, la société mère peut agir comme tel si elle s'immisce dans les affaires financières et sociales de la filiale V. *infra*

⁶²⁶ CA Colmar, 26 mars 2013, n° 13/0317

2 - Le critère de la triple confusion consacré

613- Le critère de la confusion d'intérêts, d'activités et de direction est celui qui est désormais retenu⁶²⁷. La réunion de ces trois critères est nécessaire pour apprécier l'immixtion du groupe dans la gestion des filiales. Pourtant, ces critères n'ont pas été encadrés strictement pour guider le juge dans la détermination du coemploi, c'est pourquoi la doctrine les a appréhendés comme une menace⁶²⁸, un risque ou un virus⁶²⁹ pour le groupe. Son appréciation a tout d'abord été large lorsque les juges retenait que les conséquences de cette triple confusion car l'absence d'autonomie de la filiale (a) suffisait à caractériser l'ensemble de ces critères ; désormais le juge apprécie de manière stricte, privilégiant l'existence d'une immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale (b).

a) L'absence d'autonomie de la filiale : une appréciation large du coemploi abandonnée

614- Selon certains auteurs, le critère de la triple confusion d'intérêts est extensif⁶³⁰. Pourtant, il n'en reste pas moins que la caractérisation de ces critères est rude.

615- Concernant l'appréciation d'une confusion d'intérêts et d'activités pour qualifier le groupe de coemployeur, il a été jugé dans l'affaire Metaleurop⁶³¹ du 28 septembre 2011 qu'elle résulte de « l'appartenance à un même groupe ». Selon cette jurisprudence, la juge appréciait de manière large ces critères, en considérant que l'appartenance à un groupe supposait l'existence d'un coemploi. Pourtant, comme le soulignait justement M. le Professeur Antonmattei, une analyse simplement économique peut représenter un danger pour les groupes de sociétés.

⁶²⁷ Cass. soc., 22 juin 2011, préc.

⁶²⁸ ANTONMATTEI (P-H.), Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme!, préc.

⁶²⁹ LOISEAU (G.), Coemploi et groupes de sociétés, préc.

⁶³⁰ LOISEAU (G.), Coemploi et groupes de sociétés, préc. ; MORVAN (P.), L'identification du coemployeur : JCP S 2013, 1438 préc.

⁶³¹ Cass., soc., 28 sept. 2011, préc.

616- Il semble à travers cette jurisprudence que la confusion de direction était le critère déterminant, qui mettait en exergue l'existence d'un coemploi, car il permettait de démontrer l'absence de liberté de la filiale. Dans cette décision du 28 septembre 2011, les juges de la Cour de cassation avaient retenu qu'« il existait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, qui se manifestait notamment par une immixtion directe dans la gestion du personnel de la filiale, et qu'en conséquence la société Metaleurop était co-employeur du personnel de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la société Metaleurop Nord à l'égard de la société mère ». Cette solution démontre que le juge se contentait de soulever l'absence d'autonomie de la filiale quant à la gestion du personnel pour fonder la qualité de coemploi.

617- En outre, la Chambre sociale optait pour une appréciation large de la notion de confusion de direction pour démontrer que le groupe intervient de manière active dans les décisions de licenciements de ses filiales. Autrement dit, le juge ne s'attachait pas à démontrer que les trois critères étaient remplis, ni même à les définir ; de sorte, l'on peut inférer que cette détermination du coemploi pouvait être source d'insécurité juridique pour les groupes de sociétés.

618- En conséquence, la seule immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale suffisait au juge pour qualifier un coemploi dans un groupe, sans qu'il fût nécessaire de démontrer un lien de subordination directe entre les salariés de la filiale et la société mère.

619- Cette position jurisprudentielle était confirmée dans les affaires Jungheinrich⁶³² en date du 18 janvier 2011 et du 30 novembre 2011. En effet, la Cour de cassation avait qualifié le groupe de coemployeur, car la réunion des trois critères était caractérisée principalement par une perte d'autonomie de la filiale. À la lecture de la décision du 30 novembre 2011⁶³³, il apparaît que le critère de confusion de direction était, là aussi décisif dans la qualification du coemploi. Les Hauts magistrats avaient retenu qu'« il existait entre les sociétés composant le groupe Jungheinrich une unité de direction sous la conduite de la société Jungheinrich AG, que les décisions prises par cette dernière avaient privé la société MIC de toute autonomie industrielle, commerciale et administrative, au seul profit de la société mère du groupe, que

⁶³² JUNGHEINRICH 1, cass, soc. 18 janv. 2011 n° 09-69.199, préc, et JUNGHEINRICH 2, cass, soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.971, préc.

⁶³³ JUNGHEINRICH 2, cass, soc., 30 nov. 2011, préc.

celle-ci avait repris tous les brevets, marques et modèles de la société MIC et bénéficié de licences d'exploitation, que les choix stratégiques et de gestion de la société d'Argentan étaient décidés par la société Jungheinrich AG, laquelle assurait également la gestion des ressources humaines de la filiale et avait imposé la cessation d'activité, en organisant le licenciement des salariés et en attribuant elle-même une prime aux salariés de la société MIC ; que le dirigeant de la société MIC ne disposait plus d'aucun pouvoir effectif et était entièrement soumis aux instructions et directives de la direction du groupe, au seul profit de celui-ci ».

620- Cette solution précisait dans un premier temps la caractérisation d'une confusion de direction : le pouvoir de direction était détenu par la société mère, qui gérât des affaires industrielles, commerciales et administratives, mais aussi sociales de sa filiale à la place de cette dernière. Dans un second temps, la confusion d'activités était démontrée par l'activité économique de la filiale reprise dans l'intérêt du groupe. Enfin, la confusion d'intérêts peut être inférée par la démonstration de ces deux critères. Plus généralement, il ressort de cette décision que c'est le pouvoir de direction détenu par la société mère et donc l'absence de liberté de la filiale dans ses choix stratégiques qui démontrait l'existence d'un coemploi. Par cette démonstration, le juge souhaite sanctionner le comportement de la société mère qui est à l'origine des licenciements sans cause réelle et sérieuse.

621- Le critère de direction est donc déterminant en pratique dans l'appréciation du coemploi. M. le Professeur Cesaro précise que ce critère « renvoie nettement à la confusion des pouvoirs et à l'absence d'autonomie décisionnelle. Il suppose que l'employeur ait la maîtrise, le contrôle, de l'employeur. La présence de dirigeants communs est un indice en ce sens »⁶³⁴.

622- M. le Professeur Loiseau souligne qu'il y a des débordements quant à la qualification du coemploi dans des contextes hors licenciements économiques⁶³⁵. Mais ces débordements se sont dissipés et ont laissé place à « l'âge de raison »⁶³⁶, selon l'expression employée par Messieurs les Professeurs Loiseau et Martinon. Désormais, l'appréciation de ces critères déterminants dans la qualification du coemploi est stricte.

⁶³⁴ CESARO (J-F.), Le coemploi, RJS 1/2013, n° 1, p.10

⁶³⁵ LOISEAU (G.), Les débordements du coemploi, CA Colmar, 26 mars 2013, cah. Soc. N° 253, juin 2013, p.207. Dans cette note, M. Loiseau avance que : « sans pour autant se laisser prendre au phénomène : le coemploi est la mode. »

⁶³⁶ LOISEAU (G.), MARTINON (A.), Coemploi : l'âge de raison ?, cah. Soc. n° 257, nov. 2013, p. 439

b) L'existence d'une immixtion de la société mère : l'appréciation stricte du coemploi consacrée

623- L'appréciation large de la triple confusion d'intérêts n'a pas toujours permis de déterminer l'existence d'un coemploi, et certains auteurs doutaient de sa pertinence pour prouver le coemploi⁶³⁷. La nécessité d'encadrer cette notion s'est faite jour.

624- Le 25 septembre 2013, un premier pas vers un « profilage plus stricte »⁶³⁸ de cette notion de coemploi est engagé. Puis, la Chambre sociale confirma cette jurisprudence le 18 décembre 2013. Dans cette décision, les Hauts magistrats casse et annule une décision rendue par la cour d'appel qui considérait qu'une maison mère allemande était coemployeur d'une de ses filiales françaises, notamment parce que « la société Lohmann & Rauscher France, dont c'était la responsabilité, a retiré brutalement sa clientèle à la société de production et ce, sans qu'aucune alternative économique n'ait pu être présentée et a fortiori mise en œuvre ». Ce n'est pas la position adoptée par la Cour de cassation qui décida qu'« il ne résultait pas de ses constatations une situation apparente de coemploi constituée par une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale et justifiant sa compétence à l'égard de la société Lohmann & Rauscher GmbH & Co KG »⁶³⁹. Cette cassation démontre que pour le juge, l'appréciation du coemploi a évolué. La triple confusion ne peut être alors manifeste qu'à la condition qu'elle met en exergue l'existence d'une immixtion de la société tête du groupe à l'égard des filiales. Les juges mettent un point d'honneur à ne plus apprécier simplement l'existence d'un coemploi, ce qui rassure les groupes de sociétés et les praticiens du droit. Désormais, une démonstration non plus simplement économique, mais également sociale est exigée pour caractériser le coemploi.

⁶³⁷ LABAT (N.), La caractérisation du coemploi par les juridictions de première instance en quête d'identité, Cons. Prud'h. Roubaix, sect. Commerce, préc. ; ANTONMATTEI (P-H.), Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme!, préc.

⁶³⁸ LOISEAU (G.), MARTINON (A.), Coemploi : l'âge de raison ?, préc.

⁶³⁹ cass soc. 18 dec 2013, n°12-25.686

625- De plus, l'affaire Molex⁶⁴⁰ représente une confirmation du changement d'appréciation du juge pour déterminer le coemploi, par la réunion de la triple confusion d'intérêts. En effet, dans cet arrêt en date du 2 juillet 2014, la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel qui faisait droit à la demande des salariés et qualifiait la société mère de coemployeur. Les hauts magistrats ont décidé notamment qu' « une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion économique et sociale de cette dernière ». Les juges réitèrent donc leur position en appréciant à nouveau de manière stricte le coemploi, en ne considérant pas que la société mère qui est donc intervenue dans les affaires de sa filiale dans le cadre de la politique de groupe, ait la qualité de coemployeur.

626- En outre, la qualité de coemployeur ne peut se déduire de la seule appartenance à un groupe, car cette appartenance nécessite intrinsèquement l'existence d'une confusion d'intérêts économiques et sociaux.

627- Par ailleurs, la doctrine est abondante pour se positionner sur ce nouveau concept du coemploi, apprécié de manière plus stricte. Elle fait état d'un changement dans l'application de la théorie du coemploi par le juge, sans pour autant tirer un trait sur ce fondement pour retenir la responsabilité du groupe, dans le cadre des licenciements économiques sans cause réelle et sérieuse.

628- Selon M. Dedessus-Le-Moustier, l'arrêt Molex du 2 juillet 2014 « mérite pleinement approbation » et « la Cour régulatrice consacre une conception stricte et parfaitement délimitée du coemploi qui devrait mettre un terme à toute surenchère »⁶⁴¹. L'on ne peut que saluer ces propos car la nécessité d'encadrer la notion de coemployeur dans les groupes de sociétés s'est intensifiée avec la multiplication des contestations des licenciements économiques ; de plus, les juges de premières instances ont rencontré des difficultés quant à l'appréciation de cette notion. En effet, dans l'affaire Les 3 suisses, il a été jugé que la notion de coemploi ne peut se déduire de la simple communauté d'intérêts financiers et d'activités.

⁶⁴⁰ Cass. Soc. 2 juill. 2014, n°13-15.208 à 13-21.153 ; note DEDESSUS-LE- MOUSTIER : Affaire molex : consécration d'une conception stricte du coemploi, JCP ent. Et aff., n°31-34, 31 juillet 2014, act 571 ;

⁶⁴¹ DEDESSUS-LE- MOUSTIER : Affaire molex : consécration d'une conception stricte du coemploi, préc.

Dans cette affaire, le juge de première instance a considéré que le coemploi doit être démontré par une ingérence anormale d'une société du groupe dans l'une des filiales⁶⁴².

629- Dans le cadre d'une qualification d'un coemploi, le groupe serait assimilé à une entreprise⁶⁴³ selon M. Damien Chatard⁶⁴⁴. Si cette considération peut se justifier par l'atteinte à l'autonomie des sociétés qui composent le groupe, ce n'est pas ce qu'il faut retenir de l'enseignement du juge. La qualification de coemploi a pour effet d'engager exceptionnellement la responsabilité de la société donneuse d'ordre et de celle qui l'a appliqué. Les deux sociétés du groupe deviennent alors débitrices des obligations légales et jurisprudentielles afférentes à la procédure de licenciements économiques.

630- L'on peut déduire que le juge appréhende ce concept en admettant exceptionnellement que la personnalité morale de chaque société du groupe puisse être atteinte. En ce sens, le groupe déroge au principe d'indépendance des sociétés lorsqu'il s'immisce dans la gestion économique et sociale de ses filiales. Ainsi, le coemploi permet au juge de répondre de manière efficace à cette réalité. Récemment, un autre fondement a été appliqué par le juge pour déterminer les réels auteurs de licenciements économiques dans un groupe. On s'est alors demandé si le concept du coemploi allait disparaître.

§2 - Vers la disparition du coemploi ?

631- Le droit du licenciement ne suffit pas pour sanctionner les agissements de certains groupes et le recours à la notion de coemployeur en est un exemple. Le droit commun est un nouveau fondement récent du droit du licenciement économique dans les groupes de sociétés. La responsabilité délictuelle a été utilisée comme fondement au lieu et place du coemploi. Outre la question de savoir si la responsabilité délictuelle viendrait remplacer le fondement du

⁶⁴² Un arrêt récent illustre notamment cette difficulté, car la triple confusion peut dans certains cas ne démontrer que l'existence d'un groupe de sociétés, et non pas celle d'un coemployeur : PAGNERRE (Y.), Coemploi : la contre-attaque judiciaire des « Conti », cons. Prud'h. Compiègne, sect. Industrie, 30 Août 2013, n°12/00162, cah. Soc. n° 257, nov. 2013, p.451.

⁶⁴³ Sur la question d'une confusion avec la reconnaissance d'une personnalité morale du groupe, v. *infra*, titre II de cette partie, chapitre II, section III.

⁶⁴⁴ CHATARD (D.), Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés, Lexis Nexis, 2013, p.142

coemploi (A) pour répondre de manière efficace aux pratiques douteuses des groupes, il est possible d'invoquer la responsabilité contractuelle de la société mère (B).

A - Au profit de la responsabilité délictuelle

632- L'article 1382 du Code civil dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cette disposition peut s'appliquer directement au groupe de sociétés, lorsque la société mère ou une autre filiale du groupe a commis une faute, et est responsable de la mise en œuvre des licenciements.

633- On sait que l'écran de la personnalité juridique dresse un barrage à l'encontre de toute responsabilité des holdings dans la fermeture des sites ; pourtant la jurisprudence a utilisé les règles de droit de la responsabilité délictuelle pour responsabiliser les sociétés mères. Il importe peu que la faute résulte d'une inexécution de l'obligation de reclassement, ou d'une faillite frauduleuse. En dehors de la détermination du coemploi, l'ordre de la société mère de mettre une filiale en cessation d'activité peut engager sa responsabilité car une faute de la société mère peut être caractérisée par la perte d'une chance de conserver son emploi. Le droit commun est également utilisé par le juge pour sanctionner, et dissuader certains groupes qui ne respecteraient pas la procédure de licenciement économique.

634- En effet, dans l'arrêt rendu le 8 juillet 2014⁶⁴⁵, la Cour de cassation utilisa le droit civil, en appliquant le droit de la responsabilité délictuelle. En effet, dans cette affaire la Cour de cassation a décidé que « commet une faute engageant sa responsabilité civile délictuelle, la société mère, qui par ces décisions, aggrave la situation économique difficile de sa filiale, provoquant sa déconfiture et la disparition d'emplois ». Cette formulation a le mérite d'être claire et non équivoque. Cependant, le raisonnement est pour le moins succinct.

⁶⁴⁵ Cass., Soc. 8 juill. 2014, n^{os} 13-15.573 et 13-15.470 ; LOISEAU (G.), « Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », JCP S 2014. 1311

635- Par ailleurs, la doctrine est abondante en matière de coemploi, et particulièrement depuis que la conception prétorienne du coemploi est remise en question par certains auteurs, au profit de la responsabilité délictuelle⁶⁴⁶. Il semblerait que le droit commun deviendrait le fondement pour caractériser la responsabilité des sociétés mères à la lecture de cette formulation utilisée par M. le Professeur Loiseau: « le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle ».

636- Cependant, M. le Professeur Fabre ne se joint pas à ces propos. Bien au contraire, pour lui, les conséquences de ce nouveau fondement seraient trop lourdes. Selon cet auteur, « il ne faudrait plus parler de licenciement, mais de préjudice pour perte d'emploi ; le juge compétent ne serait plus le conseil des prud'hommes, mais une juridiction civile ; exit la cause réelle et sérieuse, c'est une faute qu'il faudrait caractériser. Si l'on y ajoute les questions soulevées par l'éventuelle application du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, la voie contentieuse offerte par la responsabilité de droit commun pourrait se révéler, en fin de compte, moins attrayante qu'il n'y paraît »⁶⁴⁷.

637- Alors, le coemploi survit-il à l'apparition de la responsabilité délictuelle au secours des salariés victimes des agissements de certains groupes ? Question à laquelle il convient de répondre positivement. Selon M. le Professeur Antonmattei, ce recours à la responsabilité délictuelle est une décision isolée, le juge souhaitant simplement rappeler l'existence du droit commun⁶⁴⁸. Le droit commun est applicable au groupe, mais il ne peut remplacer le concept du coemploi, car il est indispensable qu'une faute de la société mère soit prouvée. Pour apporter cette preuve, le salarié rencontrera plus de difficultés.

638- Reste à savoir si cette jurisprudence sera confirmée par la suite, et si ce terrain peut représenter une arme de protection accrue pour le salarié, et par là même devenir le fondement pour déterminer les responsabilités du groupe. Enfin, pour sanctionner la société mère d'un licenciement injustifié, la responsabilité contractuelle, fondement du droit commun, peut également être utilisée par le juge pour sanctionner l'inexécution d'une obligation contractuelle.

⁶⁴⁶ LOISEAU (G.), « Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », JCP S 2014. 1311

⁶⁴⁷ FABRE (A.), La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce, Au-delà des arrêts *Sofarec* du 8 juillet 2014, RDT 2014, p.67

⁶⁴⁸ ANTONMATTEI (P.-H.), entretien du 21 septembre 2015, faculté de droit de Montpellier.

B - La responsabilité contractuelle de la société mère

639- Lorsque le plan de sauvegarde peut prévoir par accord des mesures de reclassement externe. Ces engagements doivent être respectés par l'employeur en vertu de l'article 1134 du Code civil. Les dispositions de cet article prévoient notamment que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont faites, et « doivent être exécutées de bonne foi »⁶⁴⁹.

640- La jurisprudence a soulevé que l'employeur peut engager sa responsabilité civile. En effet, dans un arrêt du 13 février 2013, la Cour de cassation a notamment⁶⁵⁰ décidé « qu'ayant constaté que l'employeur s'était engagé à rechercher un reclassement externe pour la salariée et qu'il ne démontrait pas les démarches qu'il avait entreprises, la cour d'appel a pu décider que la salariée avait subi un préjudice distinct de celui causé par le licenciement, résultant de la perte d'une chance de trouver un emploi »⁶⁵¹. Cette décision rappelait également le principe de loyauté dans l'exécution de l'obligation. En outre, la responsabilité contractuelle de l'employeur peut être engagée si une inexécution du contenu de l'accord est constatée⁶⁵². Si le plan de sauvegarde de l'emploi négocié est homologué par l'administration et que l'obligation de reclassement externe n'est pas respectée, l'employeur pourra être sanctionné⁶⁵³. Le fondement de la responsabilité contractuelle peut être efficace dans ce cas pour sanctionner le manquement du groupe à une obligation de reclassement externe. D'autant plus que le concept du coemploi ne sera d'aucune utilité dans ce cas précis.

⁶⁴⁹ Alinéa 1 et 3 du Code civil.

⁶⁵⁰ Sur la loyauté dans l'obligation de reclassement, V. *supra*, partie I, titre I, chapitre I de cette thèse.

⁶⁵¹ Cass., soc., 13 févr. 2013, n°11-21.073, préc. v. Partie I, Titre I, chapitre II, sur la loyauté dans l'application de l'obligation de reclassement.

⁶⁵³ Sur les sanctions en cas de non-respect d'une obligation contractuelle, v. *infra*, chapitre II, titre II de cette partie, section I, §2

CONCLUSION DU CHAPITRE I

641- Les réels motifs de licenciements économiques décelés par le juge démontrent que ce motif est en réalité pour certains groupes un moyen frauduleux de développer et non de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité. La recherche des réels motifs de licenciements ne porterait pas atteinte à la liberté d'entreprendre, car le but poursuivi est proportionnel au but recherché, la protection de l'emploi. Les faillites frauduleuses en sont un parfait exemple pour justifier l'atteinte à la liberté d'entreprendre des groupes de sociétés.

642- Ces détournements de la procédure de licenciement économique révélés, le recours à la notion de coemployeur est largement justifié pour imputer la responsabilité des licenciements sans cause réelle et sérieuse au groupe, et notamment à la société donneuse d'ordre. La détermination du coemploi permet de sanctionner le groupe pour ses agissements déloyaux, de manière légitime. Le juge prend en compte cette spécificité du groupe en allant chercher le réel responsable des licenciements infondés par un motif économique.

643- Cependant, comme le relève M. le Professeur Loiseau, les effets de cette détermination ont pour conséquence de porter atteinte à la personnalité juridique de chaque entité qui compose le groupe. Si le groupe porte atteinte à l'autonomie des filiales, le juge en fait légitimement de même pour répondre aux agissements inacceptables des sociétés mères, car l'incidence sur l'emploi est dangereuse.

644- Ainsi, le comportement du juge qui adapte sa position au groupe de sociétés laisse démontrer que la protection de l'emploi n'est pas le seul but recherché. Le juge tente également de sanctionner les comportements déviants des groupes de sociétés ; il apparaît alors que les sanctions sont adaptées au groupe de sociétés.

- CHAPITRE II -

DES SANCTIONS ADAPTEES AU GROUPE

645- L'allocation de dommages et intérêts est la sanction pour tout licenciement sans cause réelle et sérieuse. La spécificité des sanctions dans le cadre du licenciement économique est la nullité du licenciement lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est absent ou insuffisant.

646- La question est de savoir si en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou dans le cadre d'une irrégularité de la procédure liée au plan de sauvegarde de l'emploi, les sanctions sont adaptées au groupe de sociétés. Par exemple, la sanction commune des licenciements telle que l'allocation de dommages et intérêts lorsque le licenciement pour motif économique est jugé sans cause réelle et sérieuse, est-elle adaptée au groupe de sociétés ? La sanction spécifique des licenciements pour motif économique est-elle aussi adaptée au groupe de sociétés ?

647- Il convient d'ores et déjà de répondre par la positive, puisque les sanctions sont la conséquence d'une prise en compte du groupe par le juge⁶⁵⁴. Autrement dit, si le juge prend en compte le groupe pour apprécier l'existence de difficultés économiques, pour étendre l'obligation de reclassement au groupe, ou pour déterminer les réels responsables de la rupture en allant chercher la société mère comme coemployeur ou par le biais de la responsabilité civile, *a fortiori* les motifs de sa décision reflètent cette adaptation dans les sanctions.

648- Pour autant, peut-on améliorer cette adaptation des sanctions au groupe de sociétés, par exemple en simplifiant le régime des sanctions ? En cas de mise en œuvre de la procédure de licenciement économique dans une entreprise en difficulté, peut-on prévoir un nouveau régime de sanction ?

⁶⁵⁴ V. *infra* sur le titre précédent « la prise en compte du groupe par le juge »

649- Le régime actuel prévoit que l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement est sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts (section I), tandis que l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi donne lieu à son annulation (section II). Ces sanctions sont appropriées et applicables au groupe de sociétés. La reconnaissance du groupe par le juge doit-t-elle être assimilée à la reconnaissance de la personnalité morale du groupe ? (section III).

Section I - L'allocation de dommages et intérêts ou d'indemnités fondée sur l'absence de cause économique du licenciement

650- La procéduralisation du licenciement économique prévoit des étapes successives qui doivent être respectées méticuleusement par l'employeur⁶⁵⁵. Il convient d'étudier si le non-respect d'une étape de la procédure par l'employeur est sanctionné par le juge.

651- Le juge n'applique pas la sanction par des dommages et intérêts lorsqu'il estime que le non-respect d'une phase de la procédure a été bafoué. C'est ce que l'on constate lorsque l'employeur ne respecte pas la procédure d'entretien préalable, qui demeure une simple obligation de convocation⁶⁵⁶. Le défaut de convocation ne peut priver de cause réelle et sérieuse le licenciement, ni donner droit à l'allocation d'indemnités compensatrice de préavis. Cela corrobore les propos précédents caractérisant l'entretien préalable comme une simple obligation de convocation, et nous permet de déduire que l'importance de cette obligation est moindre à l'aune de la procédure globale de licenciement économique. Sanctionner dans ce cas ne paraît pas nécessaire, puisqu'à cette étape, l'entretien a pour but d'énoncer le motif économique et la procédure est déjà engagée.

⁶⁵⁵ V. *supra*, Partie I, titre I, chapitre I

⁶⁵⁶ V. *supra*, Partie I, titre I, chapitre I, §2

§1 - La sanction du défaut de cause réelle et sérieuse applicable au groupe

652- La sanction par l'allocation de dommages et intérêts de l'existence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse est adaptée dans les groupes qui ont recours à des restructurations (A), ou qui sont en difficultés (B).

A - Sanction adaptée dans les groupes restructurés

653- Il convient de distinguer la sanction de la violation de la procédure de licenciement individuel (1.), et collectif (2).

1 - Sanction de la violation de la procédure de licenciement individuel

654- Le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement peut englober plusieurs irrégularités de procédure de licenciement individuel donnant lieu à la sanction des dommages et intérêts. En revanche, si le licenciement est valable, la sanction d'une irrégularité de procédure donne droit au salarié à demander une indemnité appréciée en fonction du préjudice subi. Par exemple, l'absence de convocation à l'entretien préalable au licenciement⁶⁵⁷, le défaut d'application de l'ordre des licenciements⁶⁵⁸, ou encore le non-respect du droit individuel à l'accompagnement⁶⁵⁹ donne droit au salarié à demander une réparation en fonction du préjudice subi. Les mesures d'accompagnement prévues dans le cadre de la notification peuvent également donner lieu à une sanction.

⁶⁵⁷ Sur les sanctions pour défaut de convocation à l'entretien préalable, v. *supra* Partie I, titre I, chap. I, section I, §2

⁶⁵⁸ Sur les sanctions pour défaut d'application de l'ordre des licenciements, v. *supra* Partie I, titre I, chap. I, section I, §3

⁶⁵⁹ Sur les sanctions associés au non-respect de l'obligation pour l'employeur de proposer la priorité de réembauchage, le congé de reclassement, ou le contrat de sécurisation professionnelle, v. *supra* Partie I, titre I, chap. I, section I, §4

655- Le non-respect de l'information de cette priorité de réembauchage fait courir un risque à l'employeur. En effet, le salarié pourrait invoquer devant le juge la violation de la procédure pour omission de l'information. Le juge n'hésite pas à octroyer des dommages et intérêts. Cette sanction peut être prononcée d'une part lorsque la priorité de réembauche ne figure pas dans la lettre de licenciement, et d'autre part, dans le cadre de la mise en œuvre du licenciement.

656- S'agissant de la sanction prononcée lorsque l'employeur omet de mentionner le droit pour le salarié à être réembauché, l'article L. 1235- 2 du Code du travail dispose que « si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ». Cette disposition est applicable lorsque seule l'absence de priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement est relevée par le juge. C'est en effet la solution dégagée par la Cour de cassation le 13 mai 1997 selon laquelle « la cour d'appel, ayant constaté que le licenciement même s'il n'avait pas de cause réelle et sérieuse avait été prononcé pour motif économique et que la lettre de licenciement ne comportait pas la mention de la priorité de réembauchage prescrite par l'article L. 122-14-2 (L. 1233-16 nouveau) du Code du travail, a exactement décidé que la sanction du dernier alinéa, de l'article L. 122-14-4 (L. 1235-11 nouveau) du même Code devait s'appliquer ».

657- Cette position est confirmée par un arrêt du 26 juin 2008⁶⁶⁰ dans lequel la Cour de cassation décide que « la méconnaissance par l'employeur des dispositions de l'article L. 122-14-2, dernier alinéa, devenu l'article L. 1233-16 du code du travail cause nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer par une indemnité ».

658- S'agissant de la mise en œuvre de cette priorité de réembauche par le salarié, le non-respect de la priorité de réembauchage elle-même est également sanctionné par l'octroi d'une indemnité égale au minimum à deux mois de salaire⁶⁶¹, compte tenu des conséquences et préjudices répercutés sur le salarié. Cette sanction n'est pas prévue pour les salariés dont l'ancienneté dans l'entreprise n'excède pas deux ans en vertu de l'article L. 1235-14 du Code

⁶⁶⁰ Cass. Soc. 26 juin 2008, n°07-42.355.

⁶⁶¹ Art. L. 1235-13 du code du travail.

du travail. Le juge doit vérifier si le poste proposé était en lien avec le profil de l'intéressé ou avec les emplois demandés par le salarié⁶⁶².

659- La priorité de réembauchage est adaptée, car elle est applicable pour les entreprises faisant partie d'un groupe. Autrement dit, le juge ne sanctionne pas plus sévèrement la méconnaissance de l'employeur faisant partie d'un groupe. En revanche, les sanctions prononcées diffèrent lorsqu'elles sont la conséquence d'une violation de la procédure de licenciement collectif.

2 - Sanction de la violation de la procédure de licenciement collectif

660- Lorsque les représentants du personnel ne sont pas informés du projet de licenciement collectif, la sanction prononcée par le juge est l'allocation de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

661- Selon l'article L. 1233-49 du Code du travail, la communication du plan de sauvegarde de l'emploi au salarié se fait par voie d'affichage sur les lieux de travail. Cette disposition a un champ d'application limité puisqu'elle ne vise que « l'entreprise dépourvue de comité d'entreprise ou de délégués du personnel ». S'est alors posée la question du moyen de communication lorsque le salarié fait partie d'une entreprise dotée d'institutions représentatives, et de la sanction applicable.

662- Lorsque l'employeur n'informe pas le salarié du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, ce dernier peut être sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts si le licenciement a été prononcé. Cependant, dans le cas où la procédure est en cours, la procédure peut être suspendue⁶⁶³ selon la solution dégagée par la Chambre sociale le 25 juin 2008. Cette dernière rappelle que la nullité n'est applicable que si le plan est absent ou insuffisant, et que cette absence d'information ne vaut pas absence du plan de sauvegarde. Puis la Cour décide que :

⁶⁶² Cass Soc. 29 mai 1991, n° 88-43.883.

⁶⁶³ Cass., Soc. 25 juin 2008, préc. V. *supra*

« si l'employeur a manqué à son obligation non contestée d'informer les salariés, en temps utile, sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, par une lettre individualisée adressée à leur domicile, ce manquement, qui n'entraîne pas la nullité de la procédure de licenciement, permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure si celle-ci n'est pas terminée ou, à défaut, la réparation du préjudice subi ». Cette décision se justifie par le fait que le défaut d'information se traduit par une simple irrégularité de procédure, ce qui ne donne pas droit à la nullité du plan⁶⁶⁴.

663- M. le Professeur Couturier relève que cette décision est surprenante et considère qu' « il s'agit pour la Cour de cassation de mettre en évidence une obligation d'informer chaque salarié par lettre du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, la découverte de cette obligation qui était jusqu'alors ignorée pourrait connaître un grand retentissement »⁶⁶⁵. Cette position est justifiée car beaucoup de salariés sont informés par voie d'affichage puisqu'aucune disposition légale n'impose une information individualisée du plan de sauvegarde de l'emploi. Depuis lors, aucune jurisprudence n'est venue confirmer cette solution, ce qui peut signifier qu'elle a eu un effet dissuasif et que les employeurs l'appliquent désormais. Elle est applicable que l'on soit ou non en présence d'un groupe de sociétés.

664- L'article L. 1235-12 du Code du travail dispose que « en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative, le juge accorde au salarié compris dans un licenciement collectif pour motif économique une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi ». Autrement dit, l'allocation de dommages et intérêts est la sanction applicable lorsque le processus de consultation a été bafoué par l'employeur. Cette disposition est applicable dans un groupe de sociétés. Lorsque le groupe est en difficulté, la sanction des dommages et intérêts en présence de licenciements jugés sans cause réelle et sérieuse est également adaptée.

⁶⁶⁴ Sur la nullité du plan pour absence ou insuffisance, v. *infra*

⁶⁶⁵ Couturier (G.), Plan de sauvegarde de l'emploi. Obligation d'informer chaque salarié de son contenu. Sanction, Droit social 2009 p. 118

B - Sanction adaptée dans le groupe en difficulté

665- Lorsque l'entreprise est en cessation d'activité définitive, l'employeur qui n'a pas énoncé la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement peut être sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts. En effet, cette solution a été dégagée par la Cour de cassation le 15 juin 2004⁶⁶⁶. Pourtant l'impossibilité de réembaucher le salarié est manifeste lorsque l'entreprise ferme, d'autant plus que cette obligation ne s'étend pas au groupe de sociétés⁶⁶⁷. Sanctionner l'absence de mention de la priorité de réembauche paraît alors *a priori* inadapté à l'entreprise en difficulté. Lorsqu'une entreprise ou un groupe a licencié conformément aux exigences légales, et que la société qui licencie omet de mentionner la priorité de réembauche, les conséquences sur la situation de l'intéressé apparaissent inexistantes puisque la réembauche s'avère impossible. C'est d'ailleurs ce qu'a soulevé la Cour d'appel de Riom dans ce contexte le 4 décembre 2001, en décidant que le salarié ne peut se prévaloir d'aucun préjudice au regard de la fermeture de l'établissement. Pourtant la Chambre sociale casse l'arrêt rendu par la cour d'appel en relevant que « la méconnaissance par l'employeur des dispositions de l'article L. 122-14-2 dernier alinéa (nouvel article L. 1233-16 alinéa 2), du Code du travail cause nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer par une indemnité »⁶⁶⁸. Le juge souhaite protéger l'emploi, même lorsque l'entreprise est en difficulté. Cette solution est source de dissuasion pour l'employeur. On serait tenté de conclure que la sanction est inadaptée dans les entreprises en difficultés dans le cas où l'entreprise a fermé en respectant scrupuleusement la procédure de licenciement.

666- Cependant, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe et que c'est la société mère qui est l'instigatrice d'une mise en cessation de paiement d'une de ses filiales à des fins stratégiques, la sanction décidée apparaît totalement adaptée. Le juge anticiperait-il ce cas particulier ?

667- Cela reste à confirmer par des décisions postérieures, mais cette sanction semble adaptée lorsqu'elle s'applique à un groupe de sociétés dont la société mère a été qualifiée de coemployeur et que le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse.

⁶⁶⁶ Cass., soc., 15 juin 2004, n° 1221 f-d, carlinoc/ Boisset et a.

⁶⁶⁷ V. *supra*, Partie I, titre I, chap. I, section I, §4, A

⁶⁶⁸ Cass., soc., 2 mars 2004, n°02-41.931

668- L'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi emporte en principe la nullité des licenciements. Mais cette nullité est impossible à mettre en œuvre dans les entreprises en difficulté, puisqu'elle a pour conséquence la réintégration du salarié. Et comment réintégrer le salarié si l'entreprise a fermé, sachant qu'une réintégration étendue au groupe s'avère impossible. L'on s'est posé la question de savoir si les plans de sauvegarde de l'emploi sont jugés insuffisants par le juge, alors qu'ils ont été autorisés par le juge-commissaire, devaient emporter la sanction de la nullité ou de l'allocation de dommages et intérêts. La jurisprudence a eu l'occasion de répondre à cette question en 2006, et elle illustre les difficultés à trouver un fondement spécifique dans le Code du travail lorsque l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire.

669- Dans un arrêt du 2 février 2006, la Chambre sociale de la Cour de cassation doit prendre position pour décider d'annuler un licenciement ou d'accorder des dommages et intérêts aux salariés invoquant la nullité des licenciements pour insuffisance de plan social, aujourd'hui plan de sauvegarde de l'emploi. La cour d'appel rend un arrêt confirmatif et prononce la nullité des licenciements au visa de la combinaison des anciens articles L. 321-4-1 et L. 321-9 du Code du travail (actuellement abrogés⁶⁶⁹). En revanche, la Cour de cassation casse l'arrêt, et décide dans un premier temps que « la juridiction prud'homale, à laquelle il revient de se prononcer sur la pertinence du plan social au regard des moyens de l'entreprise, n'est pas liée par les appréciations portées sur ce point par le juge commissaire et le tribunal de commerce. Elle peut dès lors retenir qu'un plan social, modifié par la suppression d'indemnités de rupture négociées destinées à favoriser le reclassement professionnel des salariés licenciés, est insuffisant au regard des moyens de l'entreprise »⁶⁷⁰. Cette solution corrobore les propos tenus dans cette thèse, à savoir l'absence de dispositions spécifiques des licenciements économiques dans les entreprises en difficultés⁶⁷¹. Dans un second temps, la Cour décide que la combinaison des articles précités ne permet pas de prononcer la nullité lorsque l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire et conclut par l'assimilation à un licenciement privé de cause réelle et sérieuse :

⁶⁶⁹ Anciens articles L. 321-4-1 et L. 321-9 du Code du travail, abrogés par ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - art. 12 (VD) JORF 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1er mars 2008.

⁶⁷⁰ Cass., Soc., 2 févr. 2006, n° 05-40.037

⁶⁷¹ V. *infra* partie I, titre II, chapitre II

« en effet, lorsque la nullité des licenciements n'est pas légalement encourue, l'insuffisance du plan social au regard des exigences de l'article L. 321-4-1 du Code du travail prive de cause réelle et sérieuse les licenciements économiques ensuite prononcés ». Cette décision fait état d'une insécurité juridique puisque lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe de sociétés, le salarié qui est licencié alors que le plan de sauvegarde était insuffisant au regard des moyens du groupe, il ne peut bénéficier d'un droit à réintégration. Pourtant, la loi n'a pas créé un droit à réintégrer une autre entreprise que celle dans laquelle le salarié travaillait, même lorsque l'entreprise est simplement restructurée.

670- En conséquence, lorsque la procédure de licenciement économique est mise en œuvre à l'occasion d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, la sanction applicable ne peut être que l'allocation de dommages et intérêts. Car le plan de sauvegarde de l'emploi jugé insuffisant, socle de la « procéduralisation » sécurisante de l'emploi, n'emporte pas la nullité des licenciements. Cela est regrettable pour les salariés qui font partie d'un groupe de sociétés florissant, mais en pratique cette impossibilité est justifiée.

671- Cette incohérence pourrait tout à fait être corrigée par le législateur si une disposition spécifique était insérée dans le Code du travail et dans le Code du commerce. En effet, ne pourrait-on pas prévoir une réintégration dans une société du groupe lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi fait défaut dans une entreprise en difficulté ?

672- Il serait alors judicieux que le législateur intervienne afin qu'une exception soit admise et que les licenciements économiques pour lesquels le plan de sauvegarde de l'emploi s'est montré insuffisant soient annulés, lorsque la procédure a été engagée dans une entreprise en difficulté. Ainsi une réintégration serait opportune dans une société qui permet la permutation de tout ou partie du personnel⁶⁷². L'allocation de dommages et intérêts est également la sanction applicable lorsque l'obligation de reclassement n'a pas été respectée par l'employeur.

⁶⁷² V. *infra*

§2 - La sanction du défaut de l'obligation de reclassement étendue au groupe

673- La sanction du manquement à l'obligation de reclassement est similaire à celle de l'absence de cause réelle et sérieuse, parce l'obligation de reclassement procède de la cause économique du licenciement.

674- Même si l'obligation de reclassement est inscrite dans le plan de sauvegarde de l'emploi, une distinction est essentielle. Il est indispensable de distinguer la sanction prononcée par le juge dans le cadre de l'obligation de reclassement et dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi jugé absent ou insuffisant⁶⁷³. Si l'employeur ne respecte pas le principe de proportionnalité dans l'obligation de reclassement, qui prévoit la prise en compte de moyens du groupe pour proposer une offre de reclassement ou qu'aucune offre de reclassement n'apparaît dans le plan de sauvegarde de l'emploi, il peut être sanctionné par l'allocation des dommages et intérêts à la victime.

675- En principe, le champ d'application de l'allocation de dommages et intérêts lorsque l'obligation de reclassement fait défaut, est restreint à l'employeur (A), tandis que la reconnaissance par le juge d'un coemployeur permet d'élargir la sanction au groupe (B).

A - Le champ d'application de la sanction restreint à l'employeur

676- La question de la participation de la société mère à l'obligation de reclassement s'est inévitablement posée. L'on sait que l'obligation de reclassement incombe au seul employeur de la filiale, car l'autonomie juridique de chaque filiale ne permet pas de créer une obligation conjointe de reclassement, et par la même une sanction élargie au groupe.

677- Une seconde réponse de principe réside dans l'effet relatif du contrat. En effet, compte tenu du fait que l'employeur embauche le salarié, et qu'il est à l'initiative du licenciement, lui seul peut être débiteur de l'obligation d'élaborer le plan. Le groupe ne peut être tenu de

⁶⁷³ Sur la sanction du PSE insuffisant, V. *infra* section II

fournir sa participation. Cela a été décidé dans le célèbre arrêt « Flodor »⁶⁷⁴ du 13 janvier 2010 lorsque la Cour de cassation a relevé que le groupe n'est pas débiteur d'une obligation légale de reclassement auprès de l'entreprise qui licencie pour motif économique. En effet, la Cour décide que « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi » . Seule l'entreprise procédant à cette réduction d'effectifs est tenue de reclasser les salariés dans la mesure où une entreprise du groupe dont la permutabilité du personnel est possible, dispose de postes disponibles.

678- La Cour de cassation a récemment rappelé dans un arrêt du 30 septembre 2013⁶⁷⁵ que le non-respect par l'employeur du contenu de la convention de reclassement prive le licenciement économique de cause réelle et sérieuse⁶⁷⁶.

679- Lorsque l'employeur a conclu une convention de reclassement externe avec le salarié, le même argument quant à l'effet relatif du contrat doit être avancé, pour déduire que la sanction de la violation de l'obligation conventionnelle de reclassement externe, ne peut évidemment pas être étendue au groupe. Cependant, si la société mère est partie à la convention, la sanction lui sera applicable.

680- L'article L. 1235-10 alinéa 2 du Code du travail dispose que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe ». L'on pourrait interpréter ce texte, comme le soulèvent certains auteurs, en admettant que la contribution du groupe à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi en fonction de ses moyens, se transpose à l'obligation de reclassement. Autrement dit, le groupe pourrait être débiteur de l'obligation de reclassement dans le but d'éluder des licenciements économiques. Admettre une telle théorie reviendrait à conceptualiser une solidarité des filiales entre elles, mais aussi avec la société mère. Ainsi, les salariés pourraient se prévaloir d'un droit créance auprès des sociétés du groupe. La

⁶⁷⁴ Cass., soc., 13 janv. 2010, préc.

⁶⁷⁵ Cass., soc., 30 sept. 2013, sté BORGES-TRAMIER préc.

⁶⁷⁶ V. infra, Partie I, titre I, chapitre II « l'obligation de reclassement spécifique au groupe »

prévention des licenciements économiques se verrait plus efficace avec une telle obligation solidaire. Selon cette doctrine, la Cour de cassation est impuissante face à « la non-assistance à salarié en danger économique » parce que la jurisprudence ne sanctionne pas encore l'absence de contribution du groupe à l'obligation de reclassement⁶⁷⁷. Cette idée paraît légitime, dans la mesure où de nombreux groupes de sociétés usent de stratégies discutables pour augmenter leur profit au détriment de l'emploi. Cependant, ce principe est justifié à l'aune de la mise en œuvre de l'élargissement de l'obligation de reclassement, il s'avère difficile en pratique, pour les filiales de mettre en œuvre une telle procédure⁶⁷⁸.

681- Pourtant, il existe un moyen de sanctionner des comportements frauduleux des groupes par le recours à la notion de coemploi⁶⁷⁹, qui permet d'élargir la sanction de dommages et intérêts au coemployeur déterminé par le juge.

B - Le champ d'application de la sanction élargie au coemployeur

682- Si la loi ne prévoit pas de sanction applicable au groupe, car il n'est pas tenu d'apporter sa contribution dans l'exécution de l'obligation de reclassement, la jurisprudence a dégagé une possibilité de le sanctionner, par le recours au coemploi⁶⁸⁰.

683- Dans l'affaire METALEUROP⁶⁸¹ en date du 12 septembre 2012, il a été jugé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse du fait de l'absence de proposition de reclassement au sein du groupe, et que la société mère était coemployeur de sa filiale au moment des licenciements. La Cour de cassation a donc décidé de sanctionner ce comportement par l'allocation de dommages et intérêts : « le licenciement pour motif économique décidé et prononcé par l'un des co-employeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement ; qu'ayant constaté qu'aucune recherche de reclassement n'avait été effectuée dans l'ensemble du groupe avant la notification des licenciements, sans qu'il soit justifié

⁶⁷⁷ Cass. soc. 13 janvier 2010, préc. : seul l'employeur est débiteur de l'obligation de reclassement

⁶⁷⁸ V. *supra* partie I, titre I, chapitre II « l'obligation de reclassement »

⁶⁷⁹ V. *supra* chapitre précédent

⁶⁸⁰ V. *supra*, chapitre précédent

⁶⁸¹ Cass. Soc., 12 sept. 2012, n°11-12351, préc.

d'une impossibilité, la cour d'appel en a exactement déduit que chacun des co-employeurs devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, peu important que la qualité de coemployeur n'ait été reconnue qu'après les licenciements, dès lors que cette situation existait au moment de leur mise en œuvre ».

684- Ainsi, que l'on soit en présence ou non d'un coemploi qui est caractérisé, la sanction est justifiée et source de sécurité juridique. A l'aune de cette jurisprudence, on peut confirmer que les sanctions afférentes à une inexécution de l'obligation de reclassement sont adaptées au groupe. Le groupe ne peut être sanctionné s'il n'a pas contribué à l'obligation de reclassement sauf si le juge caractérise l'existence d'un coemploi. Si le législateur n'a pas prévu de sanctionner le groupe dans ce cas, lorsque le plan de sauvegarde est absent ou insuffisant, la nullité du plan peut être prononcée.

Section II - La nullité fondée sur l'insuffisance ou l'absence du plan de sauvegarde de l'emploi

685- La spécificité de la nullité à titre de sanction est associée au licenciement économique tandis que la sanction de dommages et intérêts relève du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

686- La rareté de cette sanction est justifiée au regard de son inadaptation au droit du travail, mais son existence n'a pas moins pour but de dissuader les employeurs faisant partie d'un groupe, qui serait tenté de détourner la procédure afférente au plan de sauvegarde de l'emploi à des fins stratégiques.

687- La sanction par la nullité est applicable à certains licenciements illicites, notamment au licenciement individuel, pour le licenciement des salariés protégés⁶⁸² notamment lorsque l'autorisation de l'administration fait défaut, également au licenciement irrégulier de la femme enceinte⁶⁸³.

688- L'article L. 1235-10 alinéa premier du Code du travail dispose que « dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul ». Dans un premier temps ce texte restreint le champ d'application de la nullité aux licenciements collectifs, et dans un second temps, il vise les licenciements économiques dont le plan de sauvegarde fait défaut, que ce soit pour absence de validation ou d'homologation du plan par l'administration, ou pour le non-respect d'une décision négative de cette dernière.

689- L'alinéa second prévoit qu' « en cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle ». Autrement dit, la procédure de

⁶⁸² V. *infra* Partie I, titre I, chapitre I

⁶⁸³ Sur ces deux sanctions particulières, v. *supra* PARTIE I, titre I, section II, B, 2) « le contrôle de l'administration des salariés protégés »

licenciement économique est nulle si le plan de sauvegarde de l'emploi est annulé, car c'est le socle essentiel de la procédure de licenciement collectif.

690- Selon M. le Professeur Couturier, « la nullité du contrat de travail apparaît en général comme une sanction tout à fait inappropriée »⁶⁸⁴. Il ajoute qu'il s'avère impossible d'annuler rétroactivement l'exécution d'un contrat de travail. Autrement dit, c'est parce que la nullité de la rupture du contrat de travail est inadaptée, à l'aune des conséquences que cette sanction engendre, à savoir la réintégration, qu'elle est exceptionnelle. Cette réalité étant exposée, la question est de savoir si la nullité du licenciement économique prévue comme une exception est adaptée au groupe de sociétés. Autrement dit, les groupes de sociétés qui ont souvent recours à des licenciements collectifs « provoqués » devraient-ils être sanctionnés par la nullité lorsque le motif invoqué n'est en réalité fondé sur aucune cause économique ?

691- Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, c'est le juge administratif et non plus judiciaire qui est compétent pour connaître des litiges relatifs à la contestation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ce dernier est donc compétent lorsque l'employeur enclenche la procédure de licenciement, mais avant la notification⁶⁸⁵.

692- Lorsque le juge judiciaire décide d'annuler un plan de sauvegarde de l'emploi, cela a pour effet d'annuler les actes subséquents (§1). S'est alors posé la question de la légitimité d'un élargissement de la nullité lorsqu'est constaté un défaut de cause économique du licenciement (§2).

⁶⁸⁴ La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la cour de Cassation, Etudes offertes à JACQUES GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2015, p.275

⁶⁸⁵ Le juge administratif est en vertu des dispositions de l'article L. 1235-7-1 alinéa 1 du Code du travail, compétent lorsque le litige porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, sur les injonctions afférentes au plan et sur la régularité de la mise en œuvre du plan. V. *supra* titre I, chapitre I, section I, §2, A de cette partie.

§1 - L'exception de nullité pour vice de procédure afférente au PSE et des actes subséquents

693- L'article L. 321-4-1 de l'ancien Code du travail prévoyait la nullité en l'absence de plan conforme aux exigences légales. En effet, il disposait que « la procédure est nulle et de nul effet ». Cela signifie que si la procédure était annulée, les actes subséquents le seraient également.

694- A la fin des années 1990, la nullité des licenciements économiques fut prononcée pour la première fois par le juge dans un arrêt La Samaritaine⁶⁸⁶ en date du 13 février 1997. En effet, la Chambre sociale a dû se prononcer sur l'étendue de la nullité visée par l'ancien article L. 321-4-1 alinéa 2, et prononça la nullité des actes subséquents à celle de la procédure. Autrement dit, la nullité de la procédure emporte celle des licenciements. Depuis, le législateur a intégré cette jurisprudence à l'article L. 1235-10, qui permet au juge de prononcer la nullité lorsque le plan est absent ou insuffisant (A), ayant pour conséquence une réintégration du salarié, mais qui n'est pas étendue au groupe (B).

A - La nullité prononcée pour absence d'homologation ou de validation du PSE

695- La nullité à titre de sanction exceptionnelle est prononcée pour absence (1) ou insuffisance (2) de plan de sauvegarde de l'emploi.

⁶⁸⁶ Cass., Soc., 13 févr. 1997 : Bull.civ 1997, V, n°64, *Dr. soc.*, 1997, 249, concl. Ph. de Caigny, n. G. Couturier ; D., 1997, 171, n. A. Lyon-Caen ; JCP, 1997, II, 22843, n. F. Gaudu ; aj. commentaires J. Péliissier et G. Couturier, *Semaine soc. Lamy*, n° 829, p. 3 et T. Grumbach, « Encore une fois sur les arrêts Samaritaine », *Dr. soc.*, 1997, 331.

1 - La nullité prononcée pour absence du PSE

696- En cas d'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L. 1235-10 du Code du travail prévoit que les juges ont la possibilité de prononcer la nullité des licenciements, et cela parce que les licenciements sont des actes subséquents du plan de sauvegarde de l'emploi. Autrement dit, le non-respect de l'obligation d'établir un plan entraîne la nullité des licenciements. Le juge a rappelé notamment que « seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux représentants du personnel entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique (...) »⁶⁸⁷. Dans cette décision longuement débattue⁶⁸⁸ par la doctrine, le juge rappelle que l'absence de motif économique ne peut être sanctionnée par la nullité des licenciements, et que le législateur a prévu que cette sanction soit prononcée uniquement lorsque le plan de sauvegarde est absent ou insuffisant. Ce dernier n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'absence de plan, ce qui démontre que l'employeur tient à respecter cette étape de procédure. Néanmoins, il a eu l'occasion d'appliquer cette sanction lorsque le plan de sauvegarde est insuffisant.

2 - La nullité prononcée pour insuffisance du PSE

697- Pour prononcer la sanction par la nullité de la procédure (b), le juge s'attèle en amont à définir la notion d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose le groupe (a).

⁶⁸⁷ Cass. Soc. 3 mai 2012, n° 11-20.741 ; note Couturier (G.), Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique, Dr. Soc. 2012 p.600.

⁶⁸⁸ cf. *infra* sur le débat de cet arrêt.

a) Définition de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens du groupe

698- Le juge contrôle que le plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré selon les dispositions légales. Il devra en outre vérifier la proportionnalité du plan à l'aune des moyens dont dispose le groupe, le caractère écrit, précis et sérieux des offres de reclassement⁶⁸⁹.

699- Le juge prend en compte encore une fois les groupes de sociétés pour définir et adapter la définition de la suffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, dans un arrêt du 9 octobre 2007, rappelant que les mesures de reclassement intégrées dans le plan doit comporter des mesures concrètes et précises⁶⁹⁰, la Cour de cassation décide « qu'ayant relevé que le plan se bornait, d'une part à prévoir la mise en place d'une commission chargée de centraliser les postes vacants dans deux groupes auxquels appartient l'employeur, de mettre en relation les compétences et les offres et d'aider les salariés dans la rédaction de leur curriculum vitae et, d'autre part à renvoyer les salariés à la consultation de listes de postes disponibles au fur et à mesure de leur publication, sans organiser de façon concrète les mesures de reclassement, ni préciser le nombre, la nature et la localisation des emplois offerts à ce titre, la cour d'appel a pu décider que le plan ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 321-4-1 (nouvel article L. 1233-61) du code du travail »⁶⁹¹. La Chambre sociale soulève que l'employeur s'est contenté de laisser le salarié maître de son reclassement, alors que cette obligation qui doit être mise en œuvre de façon concrète, appartient à l'employeur. Il doit en outre faire des démarches actives auprès des sociétés du groupe pour répondre de manière effective à son obligation de reclassement.

700- Dans un arrêt récent, rappelant encore une fois l'obligation du caractère écrit et précis des offres de reclassement, la haute Cour apporte une définition pour apprécier la suffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établie par l'employeur d'un groupe de sociétés. En effet, le 27 novembre 2013, la Chambre sociale décide que « la valeur et la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi doivent être appréciées en tenant compte de l'ensemble des mesures qu'il contient pour assurer le reclassement des salariés menacés de licenciement, dans

⁶⁸⁹ V. *supra* partie I, titre I, chapitre I

⁶⁹⁰ V. *supra* partie I, titre I, chapitre II

⁶⁹¹ Cass., soc., 9 octobre 2007, n° 06-41.286

l'entreprise et dans les sociétés du groupe parmi lesquelles des permutations d'emplois sont possible »⁶⁹².

Lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant, la nullité du plan est prononcée.

b) Nullité pour insuffisance du PSE dans les groupes

701- La loi de sécurisation de l'emploi a créé la possibilité d'élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi par accord collectif dans son article L. 1233-24-1 du Code du travail⁶⁹³. Pourtant le plan de sauvegarde pouvait déjà faire l'objet d'un accord collectif avec la loi du 30 décembre 1986⁶⁹⁴, puis la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005⁶⁹⁵ qui encourageait le recours à l'accord collectif dans la mise en œuvre de la procédure de licenciement⁶⁹⁶. Il est indispensable de se poser une question essentielle, et qui a été également posée par M. le Professeur Fabre : « le plan de sauvegarde de l'emploi négocié avec les organisations syndicales obéit (-il) aux mêmes règles que le plan élaboré exclusivement par l'employeur ?⁶⁹⁷ »

702- Question à laquelle il sera répondu par la négative. Même si le plan de sauvegarde de l'emploi a été élaboré par accord collectif, le juge peut toujours prononcer la nullité de la procédure. En effet, l'arrêt de la Chambre sociale rendu le 9 octobre 2007 expose notamment que « la salariée à laquelle ce droit était ouvert, avait donc intérêt à se prévaloir de la nullité de la procédure de licenciement collectif, en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de

⁶⁹² Cass., soc., 27 novembre 2013, n° 12-15.079 ; 12-15.080 ; 12-15.081 ; 12-15.082 ; 12-15.083 ; 12-15.084 ; 12-15.085 ; 12-15.086 ; 12-15.087 ; 12-15.088 ; 12-15.089 ; 12-15.090 ; 12-15.091 ; 12-15.092 ; 12-15.093 ; 12-15.094 ; 12-15.095 ; 12-15.096

⁶⁹³ LOI n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 18 (V)

⁶⁹⁴ L'ancien article art. L. 321-6, alinéa 2 du Code du travail prévoyait la possibilité de conclure « un accord collectif portant sur les mesures prévues à l'article L. 321-4 du Code du travail », devenu l'article L. 1233-41 abrogé par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 dans son article 18 (V).

⁶⁹⁵ L'ancien article L. 320-3, alinéa 3 du Code du travail, disposait notamment que des accords de branche, d'entreprise ou de groupe « peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 321-4-1 fait l'objet d'un accord, et anticiper le contenu de celui-ci », devenu l'article L. 1233-22 abrogé par la loi de sécurisation. Actuellement remplacés par les articles L. 2242-21 et suivants du Code du travail.

⁶⁹⁶ FABRE (A.), L'absence de spécificité du plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord collectif, Soc. 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.286, Revue de droit du travail 2007 p. 723

⁶⁹⁷ FABRE (A.), L'absence de spécificité du plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord collectif, *ibid.*

l'emploi, sans que l'employeur puisse lui opposer le fait qu'il lui avait proposé des mesures individuelles de reclassement, ni que le plan de sauvegarde de l'emploi faisait l'objet d'un accord collectif »⁶⁹⁸. Cette décision a été rendue avant la loi de sécurisation de l'emploi, mais il ressort de sa portée que de tout temps, il était possible de recourir à la négociation⁶⁹⁹, mais aussi de contester et d'annuler le plan de sauvegarde « conventionnel ». Les conséquences d'une annulation du plan de sauvegarde de l'emploi entraînent de plein droit la réintégration du salarié. Cependant, lorsqu'il fait partie d'un groupe de sociétés, le périmètre de réintégration n'est pas étendu au groupe.

B - La réintégration non étendue au groupe

703- Depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002⁷⁰⁰, la nullité du licenciement donne droit au salarié à demander sa réintégration dans l'entreprise. Ainsi, l'ancien article L. 122-14-4 (devenu 1235-11) du Code du travail modifié par la loi du 18 janvier 2005 disposait notamment que « lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet (...), il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié ».

704- Selon ces dispositions, lorsque la nullité de la procédure emporte celle du licenciement économique, le juge peut faire droit à la demande de réintégration du salarié, sauf dans le cas où l'entreprise est en cessation d'activité, ou lorsque cette dernière ne peut accueillir le salarié du fait, par exemple d'un redressement judiciaire. Cette impossibilité de réintégration est confirmée par la dernière rédaction de ce texte.

⁶⁹⁸ Cass., soc., 9 octobre 2007, préc.

⁶⁹⁹ Sur la négociation dans l'élaboration du PSE, v. *supra*, partie I, titre II, chapitre I, section I

⁷⁰⁰ LOI n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

705- Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 1235-11 alinéa 1 du Code du travail dispose que « lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions (L. no 2013-504 du 14 juin 2013, art. 18-XXVII) des deux premiers alinéas de l'article L. 1235-10⁷⁰¹, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible ». Ce texte prévoit l'impossibilité de réintégrer le salarié lorsque l'entreprise est fermée, ou lorsque l'employeur ne possède pas de poste disponible. Si le salarié n'a pas acquis deux années d'ancienneté, le juge ne pourra pas non plus le réintégrer, selon les dispositions légales.

706- Lorsque la nullité du licenciement est prononcée et que le salarié fait partie d'une entreprise n'appartenant pas un groupe, il n'y a pas de difficultés. Cependant, se pose inévitablement la question de savoir si le périmètre de la réintégration s'étend ou non au groupe de sociétés. Un arrêt du 15 février 2006 illustre une réponse négative, car elle s'oriente vers une réintégration restreinte à l'entreprise. Dans cet arrêt, la Cour de cassation cassa un arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 mars 2004 qui avait étendu l'obligation de réintégration au groupe. En effet, la Cour décida que « après annulation d'un licenciement pour nullité du plan social, aujourd'hui plan de sauvegarde de l'emploi, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur »⁷⁰².

707- Sauf le cas particulier de l'insuffisance du plan de sauvegarde d'une entreprise en difficulté, l'insuffisance du plan de sauvegarde décidée par le juge est donc sanctionnée par la nullité de ce dernier et donc du licenciement. Affirmer que les sanctions sont adaptées au groupe de sociétés ne signifie pas pour autant que les sanctions prévues par le Code du travail

⁷⁰¹ L'article L. 1235-10 du Code du travail dispose que « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul ».

En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle.

Les deux premiers alinéas ne sont pas applicables aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires. »

⁷⁰² Cass. soc. 15 févr. 2006, n° 04-43.282 et 04-47.667, FS P+B+R+I, Baro c/ Sté PGA Group ; CORRIGNAN-CARSIN (D.), La réintégration en cas de nullité d'un licenciement économique après un PSE ne s'étend pas au groupe, JCP ES, n° 17, 26 Avril 2006, II.

soient spécifiques à ce dernier. Si l'on peut affirmer que la nullité comme sanction exceptionnelle est adaptée lorsque le plan de sauvegarde fait défaut, tel n'est pas le cas si on se penche sur les sanctions applicable aux entreprises ayant fait l'objet d'une procédure collective.

708- L'article L. 1235-10 du Code du travail alinéa 3 exclut les entreprises en difficulté du champ d'application de la nullité, car il dispose que « les deux premiers alinéas ne sont pas applicable aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires ». L'existence de cette disposition se justifie par celle des délais de célérité relatifs à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Elle est la parfaite illustration de l'inadaptation du droit du licenciement économique dans les entreprises en difficulté. Le droit du travail se contente d'exclure simplement les entreprises en difficulté. Pourtant, la nécessité de les inclure dans la procédure, à l'aune de l'adaptation d'un droit du licenciement dans les groupes de sociétés se fait jour.

709- Il serait alors opportun, pour ce faire, que le législateur supprime les délais de célérité, qui représentent un obstacle également pour les entreprises en difficulté, qui ne peuvent être condamnées à des licenciements économiques sans cause réelle et sérieuse, car l'obligation de reclassement spécifique au groupe n'a pas été appliquée de manière satisfaisante.

710- En effet, en cas de liquidation judiciaire, il s'avère impossible en pratique de réintégrer le salarié dans l'entreprise, et même dans le groupe. Le juge social distingue de manière satisfaisante des licenciements provoqués par la société mère qui abandonne volontairement une filiale⁷⁰³, et les licenciements prononcés dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise. Cependant, il est nécessaire de créer un droit des groupes en difficulté, dans le cadre du licenciement économique, aux vues des conséquences d'insécurité juridique que cette ignorance entraîne. Car si le plan de sauvegarde de l'emploi est restreint à l'entreprise lorsque cette dernière fait partie d'un groupe⁷⁰⁴, cette disposition omet de prendre en compte la pratique d'abandon des filiales ; grâce à cette disposition, certains groupes n'auront pas besoin de demander la contribution du groupe, et éluderont la sanction de la nullité pour

⁷⁰³ On sait par exemple que le juge social refuse de considérer un licenciement économique comme légitime dès lors que la cessation de paiement n'est pas loyale, et que donc la cessation d'activité n'est pas une cause autonome des licenciements si l'entreprise faisant partie d'un groupe : *v. supra*, titre I de cette partie, chapitre II « la cause réelle et sérieuse spécifique au groupe ».

⁷⁰⁴ Depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015

insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Cette disposition nouvelle est discutable car les conséquences sur l'emploi sont déplorables.

711- Lorsqu'un salarié perd son emploi, à qui le juge reconnaît qu'il a été licencié injustement, ne peut réintégrer la société liquidée, son préjudice va au-delà d'une simple perte d'emploi, car la crise économique ajoute celui d'une difficulté certaine d'en retrouver un nouveau. Et si le salarié fait partie de la catégorie des seniors, cette difficulté sera plus importante encore.

712- Cette nullité en l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi traduit certainement la volonté du législateur d'accorder une importance particulière au plan de sauvegarde de l'emploi intégrant l'obligation de reclassement, socle de la procéduralisation dans le groupe de sociétés. « Tout est fait pour limiter le champ de cette possible sanction »⁷⁰⁵ ; pourtant s'est posée la question de l'élargissement de la nullité pour sanctionner l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement économique.

§2 - L'extension de nullité à l'absence de cause économique?

713- Le législateur français ne prévoit pas une telle sanction lorsque le licenciement ne repose pas sur une cause économique justifiée. Cependant, en Italie la législation⁷⁰⁶ permet au juge de choisir entre la sanction par l'allocation de dommages et intérêts, et celle de la nullité. Selon M. le Professeur Lokiec « l'équilibre du dispositif reposerait, si on laisse ce choix entre les mains du juge, sur le caractère dissuasif du risque de nullité »⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ AUZERO (G.), DOCKES (E.), Droit du travail, Dalloz, 2014, 28ème édition, p. 570

⁷⁰⁶ Lors de la réforme du marché du travail en Italie, l'article 18 du Statut des travailleurs, prévoyant la nullité et la réintégration du salarié lorsque le licenciement est illégitime et que l'entreprise compte au moins 15 salariés, a été discuté. Mais le texte issu de cette discussion laisse la possibilité au juge de sanctionner, soit par une indemnisation maximale de 24 mois, soit d'une réintégration avec un rappel des salaires ne pouvant excéder 12 mois.

⁷⁰⁷ LOKIEC (P), NADALET (S.)

Regard. Italie : la réforme du droit du licenciement, Revue de droit du travail 2012 p. 514

714- Le célèbre adage « *pas de nullité sans texte* » a été quelque peu altéré par certains juges qui ont décidé d'être innovant. Elargir le champ d'application de la nullité pour défaut de motif économique du licenciement (A), telle était la solution dégagée par les juges du fond. Pourtant, la Cour de cassation n'hésite pas à freiner les nullités infondées (B).

A - L'élargissement du champ d'application de la nullité par les juges du fonds

715- Les juges du fond ont décidé le 12 mai 2011 de marquer les esprits par une décision tout à fait surprenante, puisque contraire à la volonté du législateur. Dans cette célèbre affaire⁷⁰⁸, la Cour d'appel de Paris a prononcé la nullité de la procédure pour absence de cause économique, alors que le Code du travail ne prévoit pas une telle sanction dans ce cadre. S'agissant des faits et de la procédure, le comité d'entreprise de la société Vivéo France a demandé en première instance l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi pour absence de motif économique. Les juges n'ont pas fait droit à sa demande, considérant que le plan de sauvegarde était légalement conforme et qu'« il n'appartient pas au juge, saisi de la nullité de la procédure de licenciement pour violation des dispositions légales de l'article L 1235-10 du code du travail, d'apprécier dans le cadre de cette action, les motifs économiques invoqués par l'employeur »⁷⁰⁹. Pour les juges du Tribunal de Grande Instance de Paris, la loi est claire et ne leur permet pas de faire droit à la demande du comité d'entreprise.

716- Cependant, la cour d'appel infirme le jugement en rappelant notamment qu'une réorganisation de l'entreprise s'apprécie au niveau du secteur d'activité du groupe. Elle s'attèle à faire une démonstration de la pérennité du groupe en relevant notamment que « TEMENOS apparaît comme un groupe particulièrement solide aux activités très profitables et disposant d'une trésorerie plus que confortable fin 2009 »⁷¹⁰ et décide que « le défaut de motif économique rendant, comme dit ci-dessus, sans objet la consultation du comité d'entreprise engagée le 10 février 2010 et l'ensemble de la procédure subséquente s'avérant, par là- même, dépourvue d'effet, c'est à bon droit que le comité d'entreprise de la société

⁷⁰⁸ CA Paris, 12 mai 2011, pôle 6, 2e ch., n° 11-01547, D. 2012. 901 Flodor

⁷⁰⁹ Jugement du 11 Janvier 2011 - Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 10/15687

⁷¹⁰ D'autres extraits de la décision soulèvent la volonté des juges du fond de mettre en exergue la rentabilité du chiffre d'affaire des sociétés du groupe.

VIVEO FRANCE sollicite l'annulation de cette procédure et de tous ses effets subséquents ». Cette décision marque la volonté des juges du fond d'accorder à l'absence de motif économique une importance plus soutenue, et d'inciter le législateur à légiférer en ce sens. Pourtant, la Cour de cassation ne suivra pas ce raisonnement, considérant que l'élargissement du champ d'application de la nullité à l'absence de cause réelle et sérieuse n'est pas fondé.

B - Un élargissement infondé selon la Cour de cassation

717- Dans un arrêt très attendu, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en décidant que la Cour d'appel de Paris ne pouvait se faire juge de la régularité de la procédure de licenciement au motif d'une prétendue absence de « cause économique ». L'arrêt rappelle que la loi, et précisément l'article L. 1235-10 du Code du travail ne prévoit le cas de la nullité de la procédure de licenciement qu'en cas de plan de sauvegarde de l'emploi inexistant ou insuffisant et nullement, en cas de motif économique inexistant. En effet, les juges de la Cour rappellent que « la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause du licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁷¹¹. Il ressort que la distinction entre la régularité de la procédure afférente au plan de sauvegarde de l'emploi et l'absence de motif économique permettant de déclencher la procédure, est indispensable dans le cadre de l'application de l'article L. 1235-10 du Code du travail. De plus, cette solution soulève l'application limitative de l'article L. 1235-10 du Code du travail, prévoyant la nullité dans le seul cas de l'absence ou l'insuffisance du plan.

718- Selon M. le Professeur Lokiec, « on comprend qu'un seul *leitmotiv* a guidé la Cour de cassation : la lettre de l'article L. 1235-10 et la volonté du législateur »⁷¹². Les juges ont en effet dû se pencher sur l'esprit de la loi du 27 janvier 1993, pour interpréter l'article L. 1235-10 du Code du travail à l'aune de cette dernière. Mme Driguez avance que « l'arrêt traduit plutôt le rappel à la règle de droit en vigueur et signifie que la balle d'une évolution du champ

⁷¹¹ Cass. Soc. 3 mai 2012 n°11-20741, Vivéo

⁷¹² LOKIEC (P), L'affaire Viveo, D. 2012. 1277

de la nullité se trouve uniquement dans le camp du législateur »⁷¹³. Mais la décision de la Cour d'appel de Paris est isolée, et les hauts magistrats ont tranché le débat.

719- Sur la lettre de l'article L. 1235-10, le législateur exprime clairement et sans équivoque⁷¹⁴ sa volonté d'associer la sanction de la nullité lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas été élaboré conformément à la loi. Il n'évoque à aucun moment la possibilité de sanctionner par la nullité l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

720- S'agissant de la volonté du législateur, elle émane évidemment de la précision de la rédaction de l'article L. 1235-10 du Code du travail, précision qui ne laisse *a priori* aucune brèche pour adopter un raisonnement *a contrario* permettant d'innover en étendant le champ d'application de la nullité à l'absence de motif économique.

721- Il est démontré que même lorsque le groupe est en bonne santé économique et qu'il utilise la procédure de licenciement économique comme un outil de gestion économique, à des fins stratégiques, la nullité n'est pas encourue. L'absence de motif économique dans le groupe est sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts, et cela paraît approprié. Admettre une nullité dans ce sens occasionnerait trop de difficultés économiques⁷¹⁵, mais surtout une insécurité juridique car la nullité comme sanction en droit du travail doit être exceptionnelle pour apparaître adaptée.

722- La reconnaissance par le juge d'une procédure de licenciement spécifique au groupe doit-elle être assimilée à celle d'une reconnaissance future de la personnalité morale du groupe ?

⁷¹³ DRIGUEZ (L.), Sanction du licenciement économique non justifié : on ne change rien !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2012 n° 4, P. 231

⁷¹⁴ L'article L. 1235-10 du Code du travail dispose dans ses deux premiers alinéas que « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul.

En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle »

⁷¹⁵ Cette affirmation est lourde de sens puisque le groupe *in bonis* qui instrumentalise la procédure de licenciement économique pour augmenter ses profits, et qui serait sanctionné par la nullité de la procédure se retrouverait dans une situation de réelles difficultés économiques, si tous les salariés licenciés décidaient de demander une réintégration dans la filiale qui les a licenciés, en plus des diverses indemnités sanctionnant la réparation du préjudice subi.

Section III - Confusion avec l'admission d'une reconnaissance de la personnalité morale du groupe ?

723- Le législateur ne reconnaît pas que le groupe de sociétés est un sujet de droit. Il n'a donc pas de personnalité morale. Cette absence de droit spécifique se justifie par le fait que d'une part, chaque société membre du groupe est indépendante, et d'autre part par l'effet relatif des contrats et l'absence de personnalité juridique du groupe.

724- Le droit traditionnel français tend à faire prévaloir la réalité sur l'apparence⁷¹⁶. Le droit des groupes existe dans l'application de la procédure de licenciement économique, et cette existence est la conséquence d'une prise en compte de la réalité du groupe. La question est de savoir si ce droit spécifique des groupes signifie que le groupe disposerait, dans l'esprit de chacun, de la personnalité morale. Peut-on appréhender en ce sens le groupe comme une entreprise ? Ou encore, reconnaître la personnalité morale au groupe est-il nécessaire et opportun juridiquement ?

725- Question à laquelle la jurisprudence, et le législateur ont admis que l'unité économique et sociale possédait la personnalité morale. En serait-il de même pour le groupe de sociétés ?

726- Admettre cette détermination aurait pour conséquence de porter atteinte à la personnalité juridique de chaque entité qui compose le groupe. C'est particulièrement pour cette raison que l'on se demande si le droit du travail devrait consacrer l'existence du groupe de sociétés en lui attachant la personnalité morale. Une solution législative est envisagée pour simplifier la complexité du droit des groupes en matière de licenciement. Car même si cette thèse démontre que ce droit spécifique existe, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas simple de l'identifier au premier abord.

Cette reconnaissance législative de la personnalité morale du groupe de sociétés est donc envisagée mais inopportune (§1). Le législateur peut en revanche prévoir des dispositions nouvelles pour que la prise en compte du groupe par le juge soit consacrée dans le Code du travail, et qu'une adaptation harmonisée avec le droit commercial naisse. Pour une

⁷¹⁶ Lagesse (P.), in FAVENNEC-HERY (F.) (Sous la direction de), La sécurité juridique en droit du travail, propositions, Lexis Nexis, 2014, p. 117

consécration d'un droit des groupes en matière de licenciement économique, il convient de rechercher une solution opportune (§2).

§1 - Une admission envisagée mais inopportune

727- Il convient d'étudier les fondements de droit positif qui permette d'envisager la reconnaissance d'une personnalité morale au groupe de sociétés (A), et ceux du droit prospectif justifiant le rejet d'une telle personnification (B).

A- Les fondements de droit positif envisageant la personnification du groupe

728- En 1954, la jurisprudence a admis la reconnaissance de la personnalité morale aux comités d'établissement par un arrêt du 28 janvier rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Dans cette décision, le juge expose que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁷¹⁷.

729- Cette reconnaissance anticipée de la personnalité juridique avant même que le législateur intervienne⁷¹⁸, a conduit la Cour de cassation à la reconnaître au comité de groupe en 1990 lorsqu'elle a décidé que « les comités de groupe institués par les articles L. 439-1 et suivants (nouvel article L2331-1) du Code du travail sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice » et que « le comité de groupe a, dans le cadre de la mission dont il est investi, qualité pour contester en justice une mesure qui a pour effet de

⁷¹⁷ Cass., civ 2^e 28 janv. 1954, n° 54-07.081 ; D. 1954. 217, note G. Levasseur, JCP 1954. II. 7978, concl. Lemoine, Dr. soc. 1954. 161, note P. Durand

⁷¹⁸ Le législateur était intervenu pour reconnaître la personnalité morale au comité d'entreprise avec la création de l'ancien article L. 431-6 alinéa 1 du Code du travail.

modifier la composition du groupe »⁷¹⁹. Alors, le juge considèrerait-t-il le groupe de sociétés comme disposant de la personnalité morale, afin d'inciter le législateur à légiférer en ce sens?

730- C'est en tout cas ce qu'une partie de la doctrine souhaitait. En effet, la doctrine s'est penchée sur la question de la personnification du groupe afin de le considérer juridiquement comme une entreprise ou une société. Cette proposition a été envisagée par la nécessité de prévenir des licenciements économiques détournés par des « patrons voyous », selon l'expression utilisés par les médias sociaux⁷²⁰. En effet, la volonté de sanctionner les réels décideurs de ces licenciements abusifs a amené certains auteurs à cette interrogation de personnification du groupe.

731- D'une part, la question est importante à l'aune de l'augmentation croissante des licenciements économiques par le recours à des sociétés mères à la cessation d'activité déloyale de leur filiale⁷²¹ à des fins stratégiques, et d'autre part au regard de la nécessité de prévoir un régime de responsabilité sociale du groupe, qui est inexistant dans le Code du travail.

732- Selon Maître Lagesse, « dans un contexte économique aggravé où les plans sociaux s'enchaînent et les dépôts de bilan se multiplient, nombreux sont ceux qui souhaiteraient pourtant qu'elle (la Cour de cassation) franchisse le pas, quitte à s'affranchir de l'autonomie de la personne morale et des frontières tracées par le droit des sociétés »⁷²². Autrement dit, cet auteur expose dans un premier temps que la reconnaissance de la personnalité morale est une question soulevée par le fait que le contexte mondial de l'économie engendre le recours important à la procédure de licenciement économique par les groupes de sociétés. Dans un second temps Maître Lagesse considère que si le groupe était appréhendé comme un sujet de droit, le principe de l'autonomie de chaque entreprise composant le groupe serait mis à mal, et le droit des sociétés serait à réformer.

⁷¹⁹ Cass., soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947

⁷²⁰ Expression réutilisée par M. Lagesse : « on se rappelle notamment, lors du dépôt de bilan de l'usine Metaleurop Nord, des déclarations très médiatiques du président de la République fustigeant les « patrons voyous », ceux qui n'hésitent pas à couper leurs « branches mortes », abandonnant à la liquidation judiciaire et aux pouvoirs publics une filiale jugée impossible à restructurer. », in LAGESSE (P.), LAURENT (N.), *Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?*, JCP G, n° 1, 7 Janvier 2009, I 101.

⁷²¹ V. *supra* Partie II, titre I, chapitre II, section I, §2, (3)

⁷²² LAGESSE (P.), LAURENT (N.), *op. cit*

733- S'agissant de la question de la responsabilité sociale du groupe, il convient de rappeler tout d'abord que la forme juridique choisie peut être un excellent moyen pour la société mère de paraître invisible lorsque des licenciements économiques sont en réalité des licenciements boursiers, injustifiés, ou lorsque l'obligation de reclassement n'a pas été respectée. Mme Aurélie Catel Duet expose que « pour les managers, l'autonomie des filiales n'est donc ni un carcan ni une « épée de Damoclès », car ils font preuve d'un certain opportunisme vis-à-vis du droit des sociétés ». En outre, le droit positif permet aux véritables décideurs de la rupture pour motif économique de ne pas être considéré comme responsable d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sauf à qualifier la société mère de coemployeur de la filiale, ou de lui imputer une faute au visa de l'article 1382 du Code civil. De plus, la reconnaissance de la personnalité morale permettrait d'éviter que les groupes continuent à profiter des défaillances du droit des sociétés en matière de licenciement économique dans les groupes de sociétés.

734- Pour éclairer les propos avancés par M. Lagesse à la lumière de la position de Mme Catel Duet, il apparaît que réformer le droit des sociétés serait envisageable et source de sécurité juridique. Pourtant, si l'on se projette dans l'admission d'une telle reconnaissance, on ne peut que rejeter cette solution.

B- Les fondements de droit prospectif rejetant la personnification du groupe

735- En 1954, la Cour de cassation avait décidé de qualifier le comité d'établissement de personne juridique car il disposait d'une « possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés ». Alors, serait-il possible de transposer cette décision au groupe de sociétés ? Il convient de répondre par la négative, eu égard à la position claire et sans équivoque de la jurisprudence.

736- La jurisprudence ne considère pas que le groupe de sociétés dispose de la personnalité morale et n'appréhende pas le groupe comme une entreprise. En effet, dans une décision en date du 2 avril 1996, la Cour de cassation exprime pour la première fois son refus de reconnaître au groupe de sociétés la personnalité morale⁷²³ en cassant un arrêt rendu par la

⁷²³ Cass., com 2 avril 1996, n° 94-16.380 ;

cour d'appel au visa de l'article 108 du Code civil: « un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte faisait défaut ». En outre, le groupe n'est pas sujet de droit car il n'a pas la capacité à contracter, et de plus cette capacité à contracter ne peut exister, compte tenu du fait que le groupe n'est pas pourvu d'une expression collective. En effet, la raison d'être du groupe réside dans le fait que chacune des sociétés qui la compose est indépendante ; même si elles sont soumises à une direction stratégique commune, chaque entreprise dispose d'une autonomie dans la mise en œuvre des décisions émanant de la société donneuse d'ordre. En conséquence, la création législative et jurisprudentielle du groupe de sociétés en matière de licenciement économique ne signifie pas que le groupe est doté d'une expression collective, mais simplement que des choix économiques doivent s'orienter dans une même direction, chacune des sociétés mettant en œuvre ses choix de gestions pour y parvenir.

737- Selon Mme Claire Morin, « cette personnalisation ne doit pas s'entendre comme une reconnaissance de la personnalité morale, mais comme une prise en considération d'un ensemble, d'un groupement ». Autrement dit, la reconnaissance du groupe par la loi et la jurisprudence traduit celle de son existence et ne signifie pas pour autant que la personnalité morale lui est attachée. Quelles seraient alors les conséquences en matière de licenciement économique, si le législateur légifère en ce sens ?

738- Il convient alors de renoncer à cette proposition de reconnaissance de la personnalité morale au groupe pour plusieurs raisons : La première réside dans le fait que le groupe ne dispose pas de patrimoine propre. Cela signifie que si l'on envisageait de reconnaître le groupe comme sujet de droit, une seule société détiendrait le capital global, et cela paraît impossible en pratique. La société mère se verrait responsable de fait des licenciements économiques injustifiés. Et cela reviendrait alors à admettre une présomption réfragable de responsabilité du groupe, une responsabilité solidaire entre chaque société et donc à considérer que tous les groupes ont des pratiques inacceptables : c'est parce que les sociétés « disposent de la personnalité morale qui élève entre elles un écran que les unes ne peuvent être tenues pour responsable des engagements de l'autre »⁷²⁴.

⁷²⁴ MORIN (C.), Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000, p.37

739- Mais aussi, dans les entreprises en difficulté, la procédure collective s'étendrait au groupe, et cela pourrait être source d'insécurité juridique⁷²⁵. Or, tous les groupes ne mettent pas volontairement une filiale en cessation d'activité, et ne s'immiscent pas dans les affaires de leur filiale⁷²⁶. En effet, dans certains grands groupes français, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie des filiales. En effet, même si les décisions stratégiques sont définies au niveau de la maison mère, les filiales sont parfaitement autonomes pour gérer la mise en œuvre de cette stratégie. Le seul fait pour une maison mère de définir une stratégie répond au principe même du choix de la forme juridique du groupe, cela ne peut suffire à considérer cette « normalité » comme pouvant faire l'objet à elle seule, d'argument tendant à faire reconnaître la personnalité morale du groupe. Dans ce cas, les licenciements économiques sont décidés par chaque entité qui compose le groupe, et aucun problème de responsabilité de la société mère ne devrait être soulevé.

740- La seconde remarque tendant à refuser de considérer le groupe comme un sujet de droit réside dans le fait que dans les groupes internationaux, les législations étrangères sont une limite notable pour accueillir de manière positive cette proposition de personnification du groupe. En effet, lorsque l'employeur propose des offres de reclassement à la condition que le salarié en exprime expressément le souhait⁷²⁷, il peut se voir freiner par les législations étrangères. Si le groupe disposait de la personnalité morale, il faudrait que les dispositions de chaque état dont une filiale du groupe est implantée soit compatible avec les dispositions françaises. Autrement dit, la définition du groupe et son appréhension devra être elle aussi harmoniser dans chaque état, ce qui relève de l'impossible. En effet, comment pourrait-on ne serait-ce qu'envisager que chaque état reconnaissent la personnalité morale au groupe alors que les conséquences qui en découlerait serait source d'insécurité juridique.

⁷²⁵ Selon M. Benoît Grimonprez, l'extension de la faillite à une société mère est inopportune et « l'ensemble du groupe risque d'en sortir fragilisé, et les salariés de sociétés in bonis soudain menacés par la contagion de la liquidation judiciaire. », *in* Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, Revue des sociétés 2009 p. 715

⁷²⁶ C'est par exemple le cas du grand groupe Air France qui dicte les stratégies et laisse l'entière autonomie à leur filiale pour les appliquer.

⁷²⁷ V. *supra*, partie I, titre I, chapitre II, section II

§2 - A la recherche d'une proposition opportune

741- Il est indéniable que le juge social a adapté ses solutions en fonction du groupe, et qu'il existe un droit des licenciements spécifique au groupe : lorsque le groupe a abandonné une filiale. La Cour de cassation s'investit à déterminer le groupe comme responsable en définissant les contours de la notion de motif économique s'inscrivant dans le groupe, et une obligation de reclassement étendue au groupe.

742- Premièrement, il serait opportun que la définition du groupe de sociétés soit univoque. Ainsi, il conviendrait de retenir la définition de M. GUYON pour qui le groupe est comme « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique »⁷²⁸. L'on peut percevoir à la lumière de cette proposition un paradoxe évident : le groupe agit comme une firme unifiée, mais chaque entreprise qui le compose dispose de la personnalité morale et est autonome. C'est pour cela qu'il faudrait garder à l'esprit que chaque groupe agit de manière différente et laisse une marge de manœuvre à ses filiales autonomes, et en particulier pour appliquer les directives stratégiques. Si ces directives doivent entraîner des licenciements économiques non justifiés par le motif invoqués, le juge doit être libre de reconnaître le réel responsable et de lui imputer les conséquences des licenciements sans cause réelle et sérieuse. Cette possibilité doit être unifiée par le législateur qui pourrait créer une disposition courageuse prévoyant un droit du licenciement économique particulier au groupe de sociétés dans le Code du travail (A), et apparaîtrait dans le Code de commerce (B).

⁷²⁸ Guyon (Y.), Droit des affaires, Tome I, 12ème éd, Economica, 2003, n°580.

A - La nécessité d'une création courageuse d'une disposition spécifique au groupe dans le Code du travail.

743- La construction du droit est cataclysmique et chaotique selon M. le Professeur Antonmattei. Selon cet auteur, le législateur a apporté des réponses parcellaires à la temporalité espacée. En ce sens, le législateur devrait s'emparer de cette nécessité et créer un droit complet du groupe de sociétés⁷²⁹.

744- Tout d'abord, il devrait commencer par définir le groupe de sociétés, et cette définition devrait être harmonisée⁷³⁰. Le droit des procédures collectives, le droit de la concurrence, ou encore le droit de l'environnement devraient disposer d'une définition commune du groupe de sociétés, et devrait prendre en compte l'impact du groupe dans notre société, c'est une nécessité.

745- Dans un second temps, une procédure de licenciement pour motif économique devrait faire l'objet d'un livre dans le Code du travail afin de préserver au mieux les intérêts des salariés et limiter les restructurations de compétitivité. Car même si le juge est efficace pour imputer certains licenciements sans cause réelle et sérieuse à la société donneuse d'ordre, il n'en reste pas moins qu'une législation préventive, dissuasive, et encadrée doit être consacrée. De plus, le juge ne peut avoir connaissance que des licenciements contestés, et l'on imagine que nombreux sont les salariés qui ne vont pas franchir le pas vers un contentieux. Il convient de proposer une solution envisageable qui serait insérée dans le Code du travail.

746- Une proposition de loi « relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres »⁷³¹ a été adoptée par l'assemblée nationale le 30 mars 2015,

⁷²⁹ M. Antonmattei, entretien du 21 septembre 2015 à l'Université de droit de Montpellier. Cet auteur considère qu'un livre entier sur les groupes de sociétés doit être consacré dans le Code du travail, v. *supra*

⁷³⁰ V. *supra*

⁷³¹ Proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 376, déposée le 31 mars 2015 et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, Discussion en séance publique au cours de la séance du mercredi 21 octobre 2015. « Principales dispositions de la proposition de loi :

Article 1er

Obligation pour les grandes sociétés anonymes d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance comportant les mesures propres à identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques

présentant un devoir de vigilance dans les groupes de sociétés. Selon M. le Professeur Favereau, « une telle loi ouvrirait une brèche historique dans le principe d'autonomie des personnes morales »⁷³². Alors, le droit du travail devrait prendre en compte aussi l'impact du groupe dans notre société sur l'emploi. Il est tout à fait possible de concilier le droit à l'emploi avec la prospérité économique des groupes, même si l'on doit percer l'écran de la personnalité morale, à condition que la nécessité soit proportionnée au but recherché.

747- Tout d'abord, dans un livre intitulé « procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés », le législateur pourrait insérer des dispositions préventives avec l'obligation d'une contribution du groupe au plan de sauvegarde de l'emploi dans la limite de ses moyens comme c'est déjà le cas⁷³³. Puis, il pourrait insérer dans ce livre l'obligation spécifique de reclassement élargie au groupe⁷³⁴ sur le territoire national, en précisant les modalités de mise en œuvre de cette obligation, car l'article L. 1233-4 du Code du travail se contente de citer l'existence de cette obligation sans pour autant énoncer comment l'obligation de reclassement doit être appliquée. Cependant, le juge a su adapter de manière efficace ces modalités⁷³⁵, il conviendrait alors de les consacrer.

748- La Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcé de manière innovante et a créé un droit propre au groupe de sociétés en matière de pratiques anticoncurrentielles. Elle considère que le groupe est « une seule et même entreprise »⁷³⁶. Dans un arrêt du 10 septembre 2009, elle a retenu qu'une présomption réfragable de responsabilité était attachée à la société mère lorsqu'elle détient la totalité du capital de sa filiale. Le 6 janvier 2015, la Chambre commerciale a suivi cette position en admettant cette présomption réfragable de responsabilité⁷³⁷, en matière de droit de la concurrence.

749- Le législateur social pourrait transposer sa décision lorsqu'un licenciement est reconnu sans cause réelle et sérieuse et admettre une présomption simple de responsabilité de manière

sanitaires résultant de leurs activités et de celles des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elles exercent une influence déterminante.

Article 2

Modalités d'engagement de la responsabilité des sociétés en cas de manquement à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance. »

⁷³² FAVEREAU (O.), LYON-CAEN (A.), Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Rev. trav. 2015. 446

⁷³³ V. *supra*, Partie I, titre I, chapitre I

⁷³⁴ V. *supra*, Partie I, titre I, chapitre II

⁷³⁵ V. *supra*, Partie I, titre I, chapitre II

⁷³⁶ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08 P, Akzo Nobel c/ Commission

⁷³⁷ Cass., com, 6 janv. 2015, n° 13-21305 et 13-22477

exceptionnelle. Cette proposition n'est concevable que si la société mère détient la totalité ou quasi-totalité du capital de la filiale. Elle pourrait alors être insérée dans un volet « responsabilité de la société mère » à l'intérieur d'un livre intitulé « procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés » dans le Code du travail.

750- Dans le cas où la société mère ne détient pas la totalité ou quasi-totalité de la filiale, le législateur pourrait insérer dans ce volet « responsabilité de la société mère », la qualité de coemployeur dans certaines conditions dégagées par la jurisprudence dès lors qu'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction serait caractérisée⁷³⁸. Il convient alors d'apprécier les avantages du recours actuel à la notion de coemployeur qui, selon M. le Professeur Teyssié « a le mérite de la simplicité et de l'efficacité »⁷³⁹. En effet, cette notion permet au juge de vérifier au cas par cas le comportement de la société mère et de vérifier si les licenciements prononcés ont une cause réelle et sérieuse ; mais également que l'obligation de reclassement a été respectée et élargie au groupe, sans pour autant porter atteinte de manière disproportionnée à l'autonomie des filiales.

751- Enfin, pour que le juge social ne rencontre plus de difficulté avec le droit des procédures collectives, un renvoi aux dispositions du Code du commerce pourrait être prévu. Pour ce faire, il est nécessaire que le législateur insère dans le Code du commerce une disposition courageuse, et spécifique du licenciement dans les groupes.

B - La nécessité d'une création courageuse d'une disposition spécifique au groupe dans le Code du Commerce

752- Lorsque la maison mère recherche volontairement de condamner une filiale en l'absence de difficultés économiques réelles et sérieuses, le législateur doit réagir pour prescrire ce genre de pratique au nom du droit à l'emploi. Les groupes qui mettent volontairement leur filiale en cessation de paiement ne devraient pas bénéficier de l'AGS⁷⁴⁰, régime prévu pour les créances en garantie salariale. En effet, il paraît injuste que, selon M. Thierry Météyé,

⁷³⁸ V. *supra*, titre II DE CETTE PARTIE, section II

⁷³⁹ TEYSSIE (B.), Les groupes de sociétés et le droit du travail, Droit social 2010 p. 735

⁷⁴⁰ Art. 3253- 6 et suiv du C.Trav ; art. L. 625-1 et suiv. du C. Com.

directeur de la délégation Unedic AGS, les créances salariales soient versées deux fois par l'AGS en cas de contestation de licenciement économique. En effet, la Chambre sociale semble faire peser des charges sur l'AGS qui en réalité ne lui sont pas dues⁷⁴¹. Ainsi, les dommages et intérêts résultant du licenciement économique sans cause réelle et sérieuse ne peuvent lui être imputés lorsque c'est la société mère qui décide volontairement d'abandonner sa filiale jugé peu rentable.

753- Il serait alors judicieux de créer un livre dans le Code du commerce intitulé « procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés ». Le droit du travail utilise le coemploi pour aller chercher la société mère en responsabilité, ou encore plus récemment la responsabilité délictuelle. Le Code du commerce prévoit cette possibilité par l'action en comblement du passif ou par la confusion des patrimoines⁷⁴². Mais la pratique révèle que le juge utilise le droit social, par le concept du coemploi parce qu'il existe une faille dans le droit des procédures collectives.

754- Rappelons que le juge est « la bouche de la loi ». Il devrait alors simplement ouvrir son Code et y trouver avec simplicité une disposition spécifique de la procédure de licenciement économique dans les groupes de sociétés en redressement ou en liquidation judiciaire. Le droit des procédures collectives devrait être modifié, à la lumière d'une création législative courageuse dans le Code du travail et à l'aune d'une définition universelle du groupe de sociétés.

⁷⁴¹ M.Thierry Météyé, Colloque du 5 juin 2015, « entreprise en difficulté et relation de travail », fac de droit de Montpellier

⁷⁴² CHATARD (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Lexis Nexis, 2013, p.154

CONCLUSION DU CHAPITRE II

755- L'allocation de dommages et intérêts est le principe pour sanctionner l'absence de cause réelle et sérieuse.

756- La sanction par la nullité reste exceptionnelle car les conséquences rétroactives sont difficilement applicable à un salarié ayant déjà exécuté son contrat de travail. Même si ces deux sanctions ont été discutées, il n'en reste pas moins que c'est la prévention des licenciements par la procéduralisation et l'anticipation qui doit régir le comportement à adopter et non le régime des sanctions. C'est en cela que la sanction par la nullité doit rester exceptionnelle.

757- Même s'il n'existe pas de régime de sanction spécifique au groupe de sociétés, il n'en reste pas moins que les sanctions applicables au groupe sont adaptées. S'agissant de l'allocation de dommages et intérêts dans le cadre d'une absence de cause réelle et sérieuse, le constat de l'impossible nullité dans ce cas est parfaitement justifiée, car la réintégration n'est pas adaptée en droit du travail et doit rester exceptionnelle. L'obligation de reclassement étant élargie au groupe, il ne paraît pas nécessaire d'envisager une réintégration étendue au groupe, dans la mesure où cette mise en œuvre serait difficile. Ces propos peuvent être corroborés par le fait que la réintégration est déjà rare dans une entreprise ne faisant pas partie d'un groupe.

758- Enfin, le groupe n'a pas la qualité de personne morale et il semble que l'avenir confirmera cette position. Une consécration des mécanismes déployés par le juge en matière de prévention des licenciements dans les groupes est opportune, ainsi que dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de reclassement spécifique au groupe. Un livre entier devrait être consacré dans le Code du travail⁷⁴³ et dans le Code du commerce qui définirait de manière univoque les groupes de sociétés, avant de prévoir un régime de responsabilité

⁷⁴³ Selon M. le Professeur Antonmattei, il serait opportun qu'un livre relatif au groupe de sociétés soit consacré dans le Code du travail, et que cette œuvre soit étudiée par des commercialistes lorsque les licenciements économiques sont prononcés dans une filiale faisant l'objet d'une procédure collective, ANTONMATTEI (P.-H.), entretien du 21 septembre 2015, faculté de droit de Montpellier.

conditionné. Cette solution s'orienterait vers une harmonisation des décisions, et vers une sécurité juridique.

CONCLUSION GENERALE

759- Il existe en droit français un véritable droit des groupes de sociétés en matière de licenciement économique. Le législateur a embrayé le pas vers cette reconnaissance lorsqu'il a élargi le périmètre de reclassement aux entreprises du groupe dont la permutabilité du personnel est possible⁷⁴⁴. Il a ensuite créé le comité de groupe⁷⁴⁵, mais aussi inséré un article sur la mise à disposition des salariés qui est spécifique au groupe de sociétés⁷⁴⁶.

760- Même s'il apparaît que ces reconnaissances législatives sont éparses, il n'en reste pas moins que ce droit du licenciement économique des groupes est pris en compte par la jurisprudence, qui a créé au fil des années un droit du licenciement spécifique au groupe. En effet, il n'existe pas de législation concernant les licenciements économiques dans les groupes de sociétés. Pourtant, les dispositions actuelles sont applicables au groupe de sociétés, et permettent au juge d'adapter son raisonnement à l'aune d'une spécificité attachée au groupe de sociétés.

761- S'agissant des dispositions applicables au groupe, l'emploi est protégé de manière effective par une procéduralisation des licenciements⁷⁴⁷. Le législateur a instauré des procédures individuelles et collectives qui permettent de dissuader l'employeur qui serait tenté de détourner la procédure à sa guise. Il est nécessaire de prévenir ces licenciements déguisés par certaines maisons mères qui s'immiscent dans les affaires de leur filiale, qui les contrôlent et donnent ordre de licencier alors que le groupe est *in bonis*.

7682- Dans le cadre d'un projet de licenciement individuel pour motif économique, l'employeur est contraint de convoquer le salarié à un entretien préalable, d'appliquer l'ordre des licenciements, et de prévoir des mesures d'accompagnement dans l'emploi lors de la notification du licenciement. L'emploi est alors protégé dans les groupes puisque le législateur a institué une obligation de congé de reclassement dans les groupes comptant plus de 1000 salariés. Cette obligation reflète l'esprit de la loi, le groupe doit accompagner le salarié vers un autre emploi s'il dispose de moyens suffisants. Si cette obligation prévue pour

⁷⁴⁴ V. *supra* partie I, titre I, chapitre II, section I, §2, B

⁷⁴⁵ V. *supra* partie I, titre I, chapitre I, section II, §1, A

⁷⁴⁶ V. *supra* introduction

⁷⁴⁷ V. *supra* partie I, titre I

les entreprises et les groupes ne permet pas directement de prévenir les licenciements, elle représente une procéduralisation.

763- Le législateur a souhaité renforcer la procédure collective en y ajoutant des contraintes supplémentaires : la consultation des représentants du personnel et l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur est tenu de consulter le comité d'entreprise ou de groupe de manière loyale et transparente⁷⁴⁸ pour que les instances représentatives contribuent à éviter ou limiter le nombre de licenciements économiques. Dans le groupe, cette consultation représente une protection supplémentaire car les représentants du personnel veillent à ce que les intérêts des salariés ne soient pas lésés. La procédure de licenciement doit être scrupuleusement respectée, et l'administration intervient de manière active pour homologuer ou valider un plan de sauvegarde de l'emploi. Elle vérifie en outre que le groupe contribue à ce plan en fonction de ses moyens⁷⁴⁹. Le législateur prend donc en compte le groupe de sociétés lorsque l'employeur envisage de rompre des contrats de travail pour motif économique.

764- Cette prise en compte est soutenue par le fait que la jurisprudence intervient activement pour prévenir les licenciements. Le juge social a dégagé une obligation de reclassement spécifique au groupe car élargie aux entreprises du groupe qui permettent la permutation de tout ou partie du personnel⁷⁵⁰. Cet élargissement peut englober les filiales étrangères si le salarié appartenant à un groupe international demande expressément à ce que l'employeur lui propose des postes disponibles à l'étranger⁷⁵¹. Cependant, l'employeur qui se heurte aux limites des législations étrangères ne sera pas sanctionné par l'absence de propositions dans ce cas⁷⁵².

765- L'anticipation est un moyen efficace pour parvenir à cet objectif, et la négociation joue un rôle primordial concernant le maintien de l'emploi, la rupture du contrat ou la cession de l'entreprise. Tout d'abord, le législateur incite l'employeur à préserver les emplois lorsqu'il doit compresser les effectifs. Pour ce faire, il peut négocier le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, en proposant des modifications de contrats de travail⁷⁵³, ou en réorientant le

⁷⁴⁸ V. *supra* partie I, titre I, chapitre I, section II, §1, A

⁷⁴⁹ V. *supra* partie I, titre I, chapitre I, section II, §1, B

⁷⁵⁰ V. *supra* partie I, titre I, chapitre II, section I, §2, B

⁷⁵¹ V. *supra* partie I, titre I, chapitre II, section II, §1

⁷⁵² V. *supra* partie I, titre I, chapitre II, section II, §2

⁷⁵³ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section I, §1

salarié vers un autre emploi. Le législateur souhaite que cette possibilité soit utilisée en instaurant une obligation de formation et d'adaptation⁷⁵⁴, afin que les salariés augmentent leur employabilité et conservent leur emploi. L'employeur peut également conclure des accords d'entreprise ou de groupe afin d'éviter le déclenchement de la procédure de licenciement⁷⁵⁵, et cela peut apparaître comme un moyen de prévention efficace dans le groupe. L'employeur peut alors proposer au salarié de maintenir son emploi grâce à l'activité partielle, ou à la mobilité.

766- Puis, le recours à la rupture négociée peut être un moyen d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements économiques dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ainsi, l'employeur peut mettre en place un plan de départ volontaire, ou proposer des ruptures conventionnelles. S'agissant du recours au plan de départ volontaire, il peut être un moyen d'éviter d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi⁷⁵⁶, s'il permet de ne pas atteindre le seuil nécessaire à l'établissement de ce plan. En revanche, le plan de sauvegarde de l'emploi doit être prévu en l'existence d'un projet de licenciement de plus de 10 salariés, parallèlement avec le recours au plan de départ volontaire. En ce qui concerne la rupture conventionnelle, elle est incompatible dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi et ne représente pas un moyen d'anticipation des licenciements, mais l'employeur a tout de même la possibilité de conclure de telles ruptures. Cette éventualité est conditionnée par l'absence de volonté de détourner la procédure de licenciement économique, car certains groupes souhaitent s'affranchir de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi⁷⁵⁷.

767- Enfin, le législateur incite les employeurs à négocier des cessions d'entreprises, en amont de tout projet de licenciement, ce qui peut représenter une anticipation efficace. La cession de l'entreprise implique que les contrats en cours soient transférés au nouvel employeur⁷⁵⁸. Un point supplémentaire peut être soulevé : si des licenciements ont été prononcés en amont de la cession, le nouvel employeur pourra réintégrer des salariés. En

⁷⁵⁴ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section I, §1, B

⁷⁵⁵ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section I, §2

⁷⁵⁶ Pour exemple, Air France a toujours eu recours au plan de départ volontaire, et n'a pas eu à élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. Cependant, depuis le début du mois de septembre, le groupe a annoncé qu'il doit faire des « licenciements secs », et il doit donc se soumettre à l'obligation d'établir un PSE.

⁷⁵⁷ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section II, §2

⁷⁵⁸ V. *supra* partie I, titre II, chapitre I, section III, §1

effet, sous réserve que des postes soient disponibles, le nouvel employeur aura l'obligation de répondre à la priorité de réembauchage, qui lui est aussi transférée⁷⁵⁹.

768- La « procéduralisation » du droit du licenciement économique applicable aux groupes de sociétés est caractérisée, non pas seulement par les diverses contraintes imposées par le législateur dans le but d'encadrer les agissements de l'employeur dans le cadre de restructurations ou de fermetures de sites. Le juge veille scrupuleusement à ce que la procédure soit respectée, et n'hésite pas à sanctionner les comportements frauduleux, en particulier si le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas suffisant au regard des moyens dont dispose le groupe et si l'employeur n'élargit pas ses recherches de reclassement au groupe⁷⁶⁰.

769- Le droit des groupes existe donc bien, mais il ressort un manque de dispositions législatives spécifiques, dans le cadre d'une prévention des licenciements et plus particulièrement lorsqu'une procédure collective menace une filiale. Le droit du travail se voit confronté au droit des procédures collectives et cela marque une difficulté dans le cadre de la légitimité des licenciements engendrés par une cessation des paiements⁷⁶¹. On peut regretter le constat d'une absence de droit social particulier aux procédures collectives au regard de l'instrumentalisation du droit des sociétés par l'employeur. Il devient impératif de créer un droit du travail spécifique au groupe de sociétés, et notamment lorsqu'une procédure collective est engagée. En outre, une harmonisation du droit du travail avec le droit des sociétés est nécessaire, pour que le groupe de sociétés soit encadré, et mieux protégé lors d'une procédure collective⁷⁶².

⁷⁵⁹ V. supra partie I, titre II, chapitre I, section III, §2

⁷⁶⁰ Partie II, titre II, chapitre II, section II et III

⁷⁶¹ Partie I, titre II, chapitre II

⁷⁶² Partie II, titre II, chapitre II, section III

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX, MANUELS

AUZERO (G.), DOCKES (E.)

Droit du travail, Dalloz, 2014, 28eme édition

ASKENAZY (P.)

Les désordres du travail, Seuil, 2005.

BARTHELEMY (J.)

Evolution du droit social, une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur, Lamy, 2009.

BENALCAZAR (I)

Droit du travail et nouvelles technologies, Montchrestien, Gualino, 2003.

BOSSU (B.), DUMONT (F.), VERKINDT (P.Y)

Droit du travail, LMD EDITION 2011, Montchrestien.

CHAMPAUD (C.), DANET (D.)

Stratégies judiciaires des entreprises, Dalloz, 2006.

CLESSE (C-E.), GILSON (S.)

Actualités en droit social européen, Larcier, 2010.

COEURET (A.), GAURIAU (B.), MINE (M.)

Droit du travail, Sirey, 2° édition, 2009.

COUTURIER (G.),

Droit du travail, les relations individuelles, PUF, 1996.

CRISTAU (A.)

Droit du travail, HU DROIT, 7° édition, 2012/2013.

DE BENALCAZAR (I.)

Droit du travail et nouvelles technologies, Gualino, Montchrestien, 2003.

DICTIONNAIRE DE JURISPRUDENCE SOCIALE.

Groupe revue fiduciaire, 15 e édition, 2012

DUQUESNE (F.)

Droit du travail, Gualino, 5^e édition, 2008.

FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P-Y.)

Droit du travail, LGDJ, Lextenso editions, 4^eédition

GAMET (L.), FLICHY (H.)

Licenciement, Delmas, 10^eédition, 2005.

GAMET (L.)

Rupture du contrat de travail, Delmas, 12^e édition, 2011/2012.

GEIGER (C.), MARCELIS (B.), ROSET (A.), THOLY (L.)

Jurisprudence Sociale, Groupe Revue Fiduciaire, 012/2013, 15^E Edition.

GUYON (Y.)

Droit des affaires, Tome I, 12^eme éd, Economica, 2003, n o 580.

JOURDAN (D.), BAILLEUL (C.), BARTHELEMY ET ASSOCIES

Contrat de travail, du recrutement à la rupture, Delmas, 7^e édition, 2008.

KESZTENBAUM (G.), BEAL (S.)

Négociation collective dans l'entreprise, Delmas, 1^{ere} édition, 2010/2011.

LANGE (D.), ROULET (V.)

Droit du travail, Université, 2^e édition, 2012.

LAPORTE (S.)

Droit du travail, les arrêts décisifs 2010/2011, liaisons, 2011.

MARTINON (A.)

Le licenciement pour motif économique, quelles dynamiques ?, Lexis Nexis, 2012.

MAZEAUD (A.)

Droit du travail, Montchrestien, Lextenso éditions, 7^eédition, p.457, 2011.

Droit du travail, Montchrestien, Lextenso éditions, 8^eédition, 2012.

Droit du travail, LGGJ, Lextenso éditions, 9^e édition, 2014.

MORVAN (P.)

Restructurations en droit social, 2^eédition, Lexis Nexis, 2010.

MOULIN (J.M.)

Droit des sociétés et des groupes, Gualino, 2013.

MOULY (J.)

Droit du travail, Bréal, 6^e édition, 2012.

NIEL (S.)

Le licenciement économique, Lamy, 2011

PANSIER (F.J)

Droit du travail, 6^eédition, Litec, 2011.

PELISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKES (E.)

Droit du travail, Précis Dalloz, 26^e édition, 2012.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.)

Droit du travail, Hypercours Dalloz 7^e édition, 2012

PETIT (F.),

Droit des contrats de travail, Gualino, 2011

Droit de l'emploi, études juridique des politiques de l'emploi, Montchrestien, 2005

PETIT (F.), BAUGARD (D.),

Droit de l'emploi, Gualino, 2010

PANSIER (F.J),

Droit du travail, LexisNexis, 6^eédition, 2011

PIZZIO DELAPORTE (C.)

Droit du travail, Vuibert, dyna'sup droit, 2011.

RAY (J.E)

Droit du travail, Droit Vivant, Liaisons, 20^eédition, 2014/2015

ROBE (J-P.)

L'entreprise et le droit, Paris, PUF, 1999

ROSE (H.) et STRUILLOU (Y.)

Droit du licenciement des salariés protégés, 4^eédition, Economica, 2010

TEYSSIE (B.), CESARO (J-F.), MARTINON (A.)

Droit du travail, relations individuelles, Lexis Nexis, 2014

TEYSSIE (B.)

Droit du travail, relations collectives, 9^e édition, Lexis Nexis, 2014

Le comité d'entreprise européen, economica, 1997

TOUATI (J.J.)

Restructurations et contrats de travail, L. 1224-1 à la loupe, liaisons, 2008.

VERICEL (M.)

Adaptabilité des entreprises, Lamy, 2011.

II - OUVRAGES SPECIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, THESES ET MEMOIRES.

BARILLOT - CARTIER (P.)

Le reclassement professionnel suite aux plans sociaux, le cas de l'entreprise x, thèse pour le doctorat en mode de vie et politiques sociales, directeur de Thèse, Monsieur Jean-Claude COMBESSIE, 2008.

BARON (F.)

Marché intérieur et droit social dans l'union européenne, Préface de Marie- Ange MOREAU, 1998, p.436.

BOYER (A.)

Protection des salariés et sauvegarde de l'entreprise : quête d'un équilibre, préface de Didier PORACCHIA, 2006

CALAVREZO (O.)

Entre flexibilité et sécurité : l'accompagnement des entreprises et des mobilités professionnelles. : Essais empiriques de microéconométrie du marché du travail, p.137, 2009

CHATARD (D.)

Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés, Lexis Nexis, 2013

CHEZLEMAS (M.)

La situation des salariés dans les opérations de transfert d'entreprise en droit comparé : France, royaume uni, Etats-Unis., dirigée par Antoine Mazeaud, Préface de François Gaudu, LGDJ, 2009 p. 384

CLESSE (E.)

Les grands arrêts de la cour constitutionnelle en droit social, préface de Francis Delpérée, LARCIER, 2010, p.1112.

DALMASSO (R.)

Essai sur le concept de licenciement économique, étude comparée des droits français et italien, Raphaël, dirigée par Antoine Mazeaud, Préface d'Antoine Lyon- Caen, LGDJ 2009.

FABRE (A.)

Le régime du pouvoir de l'employeur, dirigé par Antoine Mazeaud, TOME 52, préface d'ANTOINE LYON CAEN, 2010.

FAVENNEC-HERY (F.)

La sécurité juridique en droit du travail, propositions, Lexis Nexis, 2014

FIORENTINO (A.)

La rupture du contrat de travail en droit anglais, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008

GUERINI (M.)

Le juge et l'obligation de reclassement, présentée et soutenue le 22 septembre 2001, dirigée par Michel BUY.

FREISSES (L.)

Stratégie d'anticipation collective des restructurations, dirigée par Olivier Sautel et Stéphane Darmaisin, 2012.

GAUTHIER (T.)

Les dirigeants et les groupes de sociétés, Litec, 2000.

HEAS (F.)

Le reclassement du salarié n droit du travail, LGDJ, 2000

KOCHER (M.)

La notion de groupe d'entreprises en droit du travail, LGDJ, 2013.

KOCH (J.)

La fusion des entreprises en difficulté, mémoire 2012.

LAFUMA (E.)

Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail, LGDJ Tome 46, 2008

MASQUEFA NEAU LEDUC (C.)

Les restructurations juridiques, LGDJ, 1999.

MORIN (C.)

Le groupe de sociétés au regard du droit social, 2000

PESKINE (E.)

Réseaux d'entreprises et droit du travail, Fondée par Paul Durand, dirigée par Antoine Mazeaud, Préface d'Antoine Mazeaud, Lextenso éditions, 2008, p. 42

REILLE (F.)

La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, Fondée par J.M. Mousseron, Dirigée par Jacques Raynard, Litec, 2006.

SEBE (F.)

Le droit de la représentation collective dans l'entreprise, essai sur l'effectivité de la norme, Préface de Bernard Teyssié, Lexis Nexis, 2014

SUPIOT (A.)

Au-delà de l'emploi, (Rapport pour la commission européenne), Flammarion, 1999.

TABIN (J.B.)

Les défaillances stratégiques de l'entreprise et le droit privé, dirigée par Emmanuel PUTMAN.2009.

TRUSKOLASKI (M.)

La légitimité du motif économique du licenciement, soutenue le 19 Mars 2008, sous la direction de Xavier LAGARDE, LGDJ, 2008

VANNES (V.), DEAR (L.)

La rupture abusive du contrat de travail, théorie et application, préface de Pierre BLONDIAU, 2011, p.446.

VERDIER (J.M), COEURET (A.), SOURIAU (M.A), VERDIER (J.M), COEURET (A.), SOURIAU (M.A)

Droit du travail volume 1, Rapports collectifs, 16^e édition, Mémento DALLOZ, 2011.

Droit du travail volume 2, Rapports individuels, 16^e édition, Mémento DALLOZ, 2011.

VERGES (P.), DUFOUR (S.)

Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail, Presses de l'Université Laval, 2003

III -ARTICLES DE DOCTRINE, THEMES ET ETUDES.

AHUMADA (C.)

Le plan de formation de l'entreprise, RPDS, octobre 2010, n°785 /786, p.299.

La protection des femmes enceintes, RPDS, juillet 2008, n°759, p.223.

AMAugER-LATTES (M-C.), DESBARATS (I.), LARDY-PELISSIER (B.), PELISSIER (J.), REYNES (B.)

Droit du travail, janvier 2007 – avril 2007, Recueil Dalloz 2007, p. 2261

ANTONMATTEI (P.H)

Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude », DS 2005, p. 399

La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social, RJS 3/97, 155

Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né, Dr. Soc. 2003, p.486

L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, Dr. soc. 2002, p. 278

L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer !, Droit social 2013 p. 794.

L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel, Dr. Soc. 2014, p.574.

L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, Dr. Soc. 2002, p. 274

La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations, Dr. soc.2004, p.601

Les accords de groupe, Dr. Soc. 2008, p.57

Plan social : il y a urgence à réformer !, Dr. Soc. 2000, p.597

GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier, Dr. Soc. 2013 p.791

GPEC et licenciement pour motif : économique le temps des confusions judiciaires, Droit social 2007 p.289

ANTONMATTEI (P.H), VIVIEN (P.),

Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives –Droit social 2007. 522

La résiliation amiable pour motif économique, JCP soc. 2009, 1171

BAUGARD (D.)

La qualification de motif économique, RDT 2009, p. 510

BEAL (S.)

L'arrêt Vivéo ou la dernière étape d'une trilogie infernale !, semaine juridique sociale, 14 février 2012, n°7, p.17.

BERAUD (J.M)

Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique : un rapport à décrypter, Revue de droit du travail 2011 p. 226

BLAISE (H)

La modification substantielle du contrat de travail, Dr. Soc. 1994, p. 189

BOISSEL (C.),

La cessation d'activité peut-elle être un motif de licenciement ?, Recueil Dalloz 2001, p.2170.

BORENFREUND (G.)

Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, revue droit du travail, mai 2013, n°5, p.316.

BORENFREUND (G.), GUIOMARD (F.), LECLERC (O.), LOKIEC (P.), PESKINE (E.), WOLMARK (C.)

Droit du travail, septembre 2006 - décembre 2006, Recueil Dalloz 2007, p.686.

BOUBLI (B.)

La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, DS 2004, p. 1094

Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique, RJS 3/96, 131

CALICE (I.), DIRIAT (M-C.),

Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique ; L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique de la société, JCP S n° 45, 6 Nov. 2012, 1472.

CANDAT (J.), PAGNERRE (Y.)

L'intuitus personae dans le reclassement du salarié, JCP S 2010. 1212.

CARPENTIER (C.)

Le juge administratif de l'urgence et le plan de sauvegarde de l'emploi, RDT 2014, p.353

CASARO (A.)

L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010, JCP soc. 2011, 1001

CESARO (J.F)

La résiliation conventionnelle des contrats de travail droit social juin 2011, p.640

La consultation des représentants du personnel relative au PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p. 1204.

La négociation collective dans les groupes de sociétés, Droit social 2010 p.780

CATEL DUET (A.)

Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ?

Une approche sociologique, Droit et société 3/2007 (n°67), p. 615-629

CHASSAGNARD – PINET (S.), VERKINDT (P. Y.)

La rupture conventionnelle du contrat de travail, JCP soc. 2008, 1365

CHATARD (D.), DUPIRE (R.)

Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur, JCP S, n° 20, 20 Mai 2014,1194

COEURET (A.)

Responsabilité pénale des personnes morales et groupe de sociétés, La Semaine Juridique Social n° 39, 24 Septembre 2013, 1369.

COEURET (A.), DUQUESNE (F.)

Actualité de la délégation du pouvoir de licencier dans l'entreprise et le groupe d'entreprise, Dr. Soc. N° 1, 2012 , p.35-47.

COURSIER (PH.), GATUMEL (D.), PIERCHON (M.)

Droit du travail, La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 16 Septembre 1992, I 3610

COUTURIER (G.)

Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi, DS 2002, p. 279

En cas de licenciement économique collectif le plan social doit comporter des mesures précises pour faciliter le reclassement personnel au sein du groupe de sociétés, Recueil Dalloz 1995 p. 436.

La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés, DS 2011, p. 372

Nullité d'un licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris, Sem. Soc. Lamy, n°1509, p.10

Petites histoires de nullités du licenciement, Dr. Soc. 2011.1226

Plan social et mesures de reclassement, l'apport de la loi du 27 janvier 1993, Dr. Soc. 1993.219

Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique, Dr. Soc. juin 2012, n°6 p.600

Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs, Dr. Soc. N° 10, octobre 2013, p.814.

Accord de maintien de l'emploi, Dr. Soc. N°10, octobre 2013, p.805.

La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la cour de Cassation, études offertes à JACQUES GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2015, p.273

DANIEL (J.)

La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES, JCP soc. 2007, 1931

La mécanique du licenciement pour motif économique à l'épreuve de l'UES, JCP soc. 2007, 1949

Les périmètres du PSE en pratique, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1203.

DE FREMONT (H.)

Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ?, Gazette du Palais, 22 janvier 2009 n° 22, P. 11.

DE LAUNAY (L.)

La tectonique des motifs économiques de licenciement, DS 2011, p. 570

DESPAX (M.)

L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissement multiples, DS 1994, p.250

DOCKES (E.)

Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Vivéo, Dr. Soc. juin 2012, n°6 p.606.

DRAI (L.)

Cessation d'activité : l'immixtion du juge est-elle excessive ?, Revue de droit du travail 2011 p. 285.

DRIGUEZ (L.)

Licenciements économiques et procédures collectives : une nouvelle articulation gage de sécurisation ?, Dr. Soc.2013, n°12, p.998.

Sanction du licenciement économique non justifié : on ne change rien !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2012 n° 4, P. 231

DUFRESNE – CASTETS (M. – L.), TARASEWICZ (Y.)

Un plan de sauvegarde d'emploi se conçoit-il sans efforts de reclassement ?, RDT mai 2009, p.282

FABRE (A.)

Aspect sociaux de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, réformant le droit des entreprises en difficultés, RDT 2014, p.259

Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante, RDT novembre 2008, p.653

FAVENNEC-HERY (F.)

Les plans de départs volontaires, droit social juin 2001, p.622

Les périmètres du PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1202.

Recadrer la nullité du licenciement pour motif économique : JCP S 2012, La Semaine Juridique Social n° 4, 24 Janvier 2012 act. 35.

L'arrêt Vivéo : fin d'une controverse ?, JCP S, 2012, 1241

Motif économique, reclassement et groupe de sociétés, La Semaine Juridique Social n° 7, 12 Février 2013, 1078.

L'obligation de reclassement à l'étranger, revue des procédures collectives n°1, janvier 2009, étude 3.

Rupture du contrat de travail pour motif économique et droit du licenciement, JCP S. 2008, 1392

FAVEREAU (O.)

Note critique sur le droit, l'économie, et le « marché » du travail, Revue de droit du travail 2012 p. 479.

FAVEREAU (O.), LYON-CAEN (A.)

Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Rev. trav. 2015. 446

FIN-LANGER (L.)

Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n°11, Juin 2012, alerte 158 Cantonnement par la Cour de cassation de la nullité du licenciement pour motif économique.

L'obligation de reclassement à l'étranger, Rev. Proc. Coll. Janvier- février 2009, p. 14

GAUDU (F.)

« L'ordre public en droit du travail », Etudes offertes à JACQUES GHESTIN, le contrat au début du XXI ° siècle, LGDJ, 2015, p.373

GAURIAU (B.)

La diminution des délais de prescriptions, Dr. soc. 2013 p. 833

La jurisprudence dite « Framatome et Majorette » ne doit-elle pas être abandonnée ? DS 2004, p. 375

GEA (F.)

Causes économiques enchevêtrées, RDT 2010, p. 297

La cessation d'entreprise d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ?, revue de droit du travail 2011p.168.

Le chômage partiel ne connaît pas la crise, retour sur une réforme au long cours, revue de droit du travail, n°5 p.286.

La problématique Vivéo : au législateur de reprendre la main, revue de droit du travail, n°11 p.608.

L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site, Dr. Soc. 2013, n°10, p.827.

Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi, Dr. Soc. 2013, n°3, p.210

GOMEL (B.), DOMINIQUE MEDA (D.), SERVERIN (E.)

L'emploi en rupture, thèmes et commentaires, Dalloz, presse universitaire de paris ouest, 2007/2008.

GOURY (R.), JASPAR (X.)

Société de gestion, notion de groupe et obligation de reclassement, La Semaine Juridique Social n° 25, 22 Juin 2010, 1255

GRANGE (J.)

Au-delà de l'arrêt Viveo : les incertitudes du droit du licenciement économique, JCP soc. 2012, 1242

HANNOUN (C.), SCHILLER (S.)

Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ?, Revue de droit du travail 2014 p. 441

La communauté de travail et la création de valeur financière, in Droit du travail, Emploi, Entreprise, mélange en l'honneur de F. Gaudu, IRJS édition, 2014

HILLIG-POUDEVIGNE (C.), LOUVEL (G.)

La notion de groupe à l'épreuve du droit social, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 22 Septembre 2005, 1393.

ICARD (J.)

Economie de la loi de sécurisation de l'emploi, « compromis historique » ou énième concession à l'économicisme, cahiers sociaux n°254, juillet 2013, p.279.

JACQUEMIN (A.)

La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique, revue d'économie industrielle, 1989, n°47 pp.6.13

JACOTOT (D.)

Constitutionnalité d'une disposition du code du travail propre aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires, Recueil Dalloz, 9 mai 2013, n°17, p. 1148.

De l'institution compétente pour le paiement de la garantie des salaires dans une faillite internationale, revue crit. Du droit international privé 2013, p.518

JEANTET (T.), DONDERO (B.)

Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?, RDT 2014, p.10

KOBINA GABA (H.)

La renonciation du salarié au délai de cinq jours institué par l'article L. 122-14 du code du travail, Recueil Dalloz 2005 p. 2662.

LACOSTE MARY (V.)

La mise à l'écart de la loi française et l'obligation de reclassement du salarié détaché dans une filiale étrangère : finalisation d'un revirement, Droit Ouvrier, août 2011, n° 757.

LAGESSE (P.), BOUFFIER (N.)

Les frontières de la rupture conventionnelle, Dr.soc janv 2012, n°1 p.18.

LAGESSE (P.), LAURENT (N.)

Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?, JCP G, n° 1, 7 Janvier 2009, I 101

LARCENA (A), ELINEAU

Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités, Droit des Sociétés, février 2012.

LECLERC (O.), PESKINE (E.), PORTA (J.), CAMAJI (L.), ODOUL ASOREY (I.), FABRE (A.), PASQUIER (T.), BORENFREUND (G.)

Droit du travail, Recueil Dalloz 2010, p. 672.

LE MIRE (A.)

L'obligation de reclassement, derniers apports législatifs et jurisprudentiels, RPDS n° 788, p.405

LEGRAND (H.-J)

L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par la suppression d'emploi, Dr. Soc.1995, p. 243.

LEVRATTO (N.)

Les groupes d'entreprises : entre exception théorique et règle managériale, revue de droit social 2012, n° 10, p.536.

LOISEAU (G.)

Les ruptures conventionnelles pour motifs économique, Dr. Soc. juin 2011, p.681

La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité, JCP S, n° 3, 13 Janvier 2009, 1013.

Coemploi et groupes de sociétés, JCP S, n° 47, 22 Novembre 2011, 1528

Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle, JCP S 2014. 1311

LOISEAU (G.), MARTINON (A.),

La loi de sécurisation de l'emploi, cahiers sociaux n°254, juillet 2013, p.279.

LOKIEC (P)

De l'inexistence, Sem soc. Lamy, n° 1511, p.11.

LOKIEC (P), NADALET (S.)

Regard. Italie : la réforme du droit du licenciement, Revue de droit du travail 2012 p. 514

LOKIEC (P)

L'affaire Viveo, D. 2012. 1277

Les licenciements boursiers, DS 2011, p. 1229

LYON CAEN (A.)

La concentration du capital et le droit du travail, Dr. soc. 1983, 287, sp. pp. 289 et 290.

La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, Dr. Ouv, septembre 2011, n°758, p. 537.

Sanction de l'inobservation par l'employeur des critères légaux de l'ordre des licenciements économiques, Recueil Dalloz 1998 p. 253.

Histoire d'une lettre, revue droit du travail 2011, p.669.

La réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient l'employeur, Recueil Dalloz 1992 p. 293.

Groupe, Revue de droit du travail 2014 p. 433

LOUVET (A.)

Le contrat de sécurisation professionnelle, La Semaine Juridique Social n° 37, 13
Septembre 2011, 1396.

MARQUET DE VASSELLOT (L.)

Les clauses indemnitaires du PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013,
n°19/20, p. 1207.

MARTINON (A.)

La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, droit social, juin 2011,
p.613.

Les clauses générales du PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20,
p.1206.

Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère
transnational, Droit social 2010. 789

MAURY (F.)

La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans les SAS
(société par action simplifiée), Dr.Ouv. juillet 2011, n° 756, p.455.

MAZEAUD (A.)

Adaptation négociée des effectifs de l'entreprise : transfert de salariés par la voie des
transferts d'entreprise, Droit social 2011, n°6, p.650.

Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés, Droit social 2010
p. 738

Accords collectifs et restructurations, Droit social 2008 p.66

METIN(D), DOMINIQUE DE LA GARANDERIE

Faut-il un contrôle particulier des licenciements boursiers ?, Revue de droit du travail
2012, p.7.

MEYER (F.)

La responsabilité sociale de l'entreprise. Concept juridique ? , Dr. ouv. 2005, p. 180

MEYRAT (I.)

A propos de Normativité économique et droit du travail, Dr. Ouv. n°781, p.521.

MOREAU (M-A)

Contrat de travail international. Inopposabilité de la clause compromissoire, Dr. Soc. 1999 p. 632

MORVAN (P.)

La mise à mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale, JCP soc. 2011, 79

L'étrange action en justice Flodor, JCP soc. 2009, 1489

Le consentement des salariés dans le plan de sauvegarde de l'emploi, droit social juin 2011, p.634.

Le comité d'entreprise et ses doubles dans le droit des procédures collectives, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 47, 20 Novembre 2003, 1625.

Pratique et théorie du congé de reclassement, la semaine juridique sociale, 18 septembre 2012, n°38, p.13.

Aspect de de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de société, Droit Social 2011, n°9/10, p.888.

MORVAN (P.), GRANGE (J.)

Le plan de reclassement, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1208.

NADAL (S.)

Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail, Dr. Ouvr. 2005, 303.

NADALET (S.), REMY (P.)

Regards: le chômage partiel, RDT 2009.604

ORNANO (P-H), ISMAIL (N.)

Le questionnaire de mobilité préalable au reclassement, JCP S 2010 n°26, 1266.

OLIVIER (J.-M.)

L'affaire Flodor : suite et presque fin, JCP soc. 2010, 1225

PATAUT (E.)

Le licenciement des groupes internationaux de sociétés, aspect de droit international privé et de droit de l'union européenne, revue du droit du travail 2011 p.14.

PATIN (M.)

Licenciement pour motif économique : information et consultation du CE et du CHST,
JCP soc. 2010, 1425

PAULIN (J.F.)

La procédure de licenciement économique collectif doit-elle s'appliquer lorsque
l'employeur notifie aux salariés une modification substantielle de leur contrat de
travail pour des motifs économiques ?, Recueil Dalloz 1995 p. 365.

PELISSIER (J.)

Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge, Recueil
Dalloz 2006 p. 1013.

PELISSIER (J.), LARDY-PELISSIER (E.), REYNES (B)

Droit du travail, Recueil Dalloz 2006, p.2002.

**PELISSIER (J.), AMAUGER-LATTES (M-C.), ARSEGUEL (A), AUBERT-
MONTPEYSEN (T.), FADEUILHE (P.), LARDY-PELISSIER (E.), REYNES (B)**

Droit du travail, Recueil Dalloz 2010, p.2029.

PETIT (F.)

L'unité économique et sociale n'a pas de personnalité juridique, Recueil Dalloz 2009
p.986

L'insaisissable droit à l'emploi, *in* « droit du travail, emploi, entreprise », mélange en
l'honneur de F.Gaudu, IRJS édition, 2014.

PLEIN(P.)

La mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés, une illustration pratique, Droit social
sept/oct 2011, p.895, n°9/10.

RADE (Ch.)

Feu la jurisprudence Framatome et Majorette, DS 4/2005, p. 386

REINHARD (Y.)

Exonération de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, dirigeant d'un groupe, en
matière de sous-traitance : délégation de pouvoirs au dirigeant d'une société du groupe,
Recueil Dalloz 1995 p. 110.

REMY (P.)

Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français
?, Revue de droit du travail 2012 p. 133.

REYNES (B.)

Groupes de sociétés : la théorie du coemploi, JCP soc. 2102, 1292

ROUSSEL GALLE (P.), VERNAC (S.)

Sites et établissements : maintenir plutôt que fermer ?, Revue de droit du travail 2013 p. 233

SACHS (T.)

La raison économique en droit du travail, droit du travail 2011 p.55

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

Éclairage – Le droit social dans les procédures collectives : entre inadaptation, idéalisme et dévoiement !, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2011 n° 5, P. 302.

SAINTOURENS (B.)

Le licenciement pour motif économique dans un groupe de sociétés hors coemploi, JCP S n° 46, 12 novembre 2013, 1437

SANTORO (G.)

L'information et la consultation relatives au licenciement économique dans les groupes multinationaux, Droit social 2011, n°9/10, p.952.

SAVATIER (J.)

L'ordre des licenciements pour motifs économique, DS 1990, p. 515

La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique de licenciement, DS 2001, p. 413

STRUILLLOU (Y.)

Conformité à la Constitution du délai dont dispose l'employeur pour notifier le licenciement d'un représentant du personnel, Droit Ouvrier Avril 2012, n°765, p.257.

TEYSSIE (B.)

Les groupes de sociétés et le droit du travail, Droit social 2010 p. 735

A propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise, droit social, juin 2011, p.611.

Le licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, sous la direction de Christophe Willmann et Jean-Yves Kerbourc'h, préface d'Alain Supiot, jurisclasseur 2002.

Variations sur le groupe en droit du travail, La Semaine Juridique Social n° 7, 12 Février 2013, 1076.

Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 Janvier 1996, I 3902.

L'accord, la loi, le juge : un nouveau droit des PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1201.

Point de vue pratique : les accords de méthode, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p. 1205.

RADE (C.)

Loi Rebsamen : un « nouveau » dialogue social ?, Recueil Dalloz 2015 p.1360

ROZEC (P.)

Le nouveau contentieux des PSE en pratique, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, p.1211.

VATINET (R.)

La pieuvre et l'Arlésienne, Droit social 2010 p.801

Sur le devenir des contentieux des PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1210.

VERKINDT (P.)

Le rôle de l'administration dans les PSE, La Semaine Juridique Social, 7 mai 2013, n°19/20, p.1209.

La représentation du personnel dans les groupes de sociétés, Droit social 2010 p.771

L'ordre des licenciements, RJS 12/97, 811

WAQUET (P.)

Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement, Dr. Soc. 1992 p. 980

La cause économique du licenciement, DS 2000, p. 168

WILIMANN (C)

Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible, Droit social 2013 p. 57

IV - CHRONIQUES, COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS.

AUZERO (G.)

Contrat de mandat et pouvoir de licencier, Dr.trav. 2012, p.94

ANTONMATTEI (P-H.)

Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme!, Semaine sociale Lamy, 21 mars 2011, n°1484

BAILLY (P.)

Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique, Revue juridique de l'économie publique n° 686, Mai 2011, comm. 25, note ss cass., soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199, FS-P+B+R, Sté Jungheinrich

BEAL (S.), TERRENOIRE (C.)

L'adhésion à une CRP implique la renonciation aux offres de reclassement, cass. Soc. 28 sept 2011, la semaine juridique, entreprise et affaire n°5, p 47.

BEYNEIX (I.), ROVINSKI (J.)

Reclassement : l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée de l'intéressé de les refuser, cass. Soc 25 nov. 2009, JCP S 2010, n°3, 1012.

BUGADA (A.)

Saisie conservatoire et reclassement au sein d'un groupe international, comm.76, revue des Procédures collectives, n°3, mars 2010, note sous cass. Soc. 13 janv 2010, n°08-15.776.

CESARO (J-F.)

Le coemploi, RJS 1/2013, 1.

CHAMY (A.),

Un juge prud'homal actif pour débusquer des tentatives artificielles de reclassement, Dr. Ouv. Mai 2013, p.338.

CHIREZ (A.),

La rupture conventionnelle pour cause économique, soc. 9 Mars 2011, n° 10-11.581, Dr.Ouv Août 2011, p.47.

COEURET (A.)

La cessation d'activité d'une filiale : le droit des sociétés à l'épreuve du droit social, note sous cour de cassation, soc. 18 janv. 2011 et 1^{er} février 2011.

COEURET (A.), DUQUESNE (F.)

Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué, cass. Ch. Mixte, 19 novembre 2010, n°10-10.095, Droit social 2011 p. 382

COUTURIER (G.)

Les offres de reclassement, Cass. Soc 20 sept. 2006 association Revivre, Dr. Soc. 2006, p. 1151.

Insuffisance du plan social : les actions en nullité propres aux salariés, cass. Soc, 30 mars 1999 *Association ALEFPA*, Droit social 1999 p. 593

Plan de sauvegarde de l'emploi. Obligation d'informer chaque salarié de son contenu. Sanction, Droit social 2009 p. 118

DE LAUNAY – GALLO (I.)

Une délocalisation industrielle peut-elle constituer une cause économique réelle et sérieuse pour procéder à un licenciement économique ?, Cass., Soc., 5 avr. 1995, Recueil Dalloz 1995 p.367.

DONDERO (B.)

La non-assistance à salarié en danger économique n'est pas encore sanctionnée, Recueil Dalloz 2010 p.1129, cass. Soc 13 janv. 2010, n° 08-15.776.

FABRE (A.)

Délais de saisine du juge en matière de licenciement économique : la Cour de cassation limite la prescription d'un an, Soc. 15 juin 2010, n° 09-65.062 et 09-65.064, RDT 2010 p. 512

Difficultés économiques de l'entreprise et légèreté blâmable de l'employeur, Soc. 22 septembre 2011, n° 10-16.172, inédit et Soc. 23 novembre 2011, n° 10-26.167, Revue de droit du travail 2012 p. 37.

Convention de reclassement personnalisé et licenciement économique : une assimilation persistante, Soc. 12 juin 2012, nos 11-19.641 et 10-14.632, Revue de droit du travail 2012 p. 556.

Modification du contrat et obligation de reclassement : l'une n'empêche pas l'autre !, Soc. 25 novembre 2009, n° 08-42.755, Revue de droit du travail 2010 p.103.

La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce, Au-delà des arrêts *Sofarec* du 8 juillet 2014, RDT 2014, p.672

L'absence de spécificité du plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord collectif

Soc. 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.286, Revue de droit du travail 2007 p. 723

FAVENNEC-HERY (F.)

L'arrêt Viveo : fin d'une controverse ?, la semaine juridique, entreprise et affaire, 28 juin 2012, N°26.

FERRER (A.)

La nullité du PSE s'étend aux départs volontaires qui y sont subséquents, cass., soc, 15 mai 2013, Dr.Ouv, n°782, p.608.

FIN-LANGER (L.)

Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n°11, Juin 2012, alerte 158, Cantonnement par la Cour de cassation de la nullité du licenciement pour motif économique, Cass. soc., 3 mai 2012, n° 11-20.741, JCl. Commercial, Fasc. 2430.

FRAISSE (W.)

Rupture conventionnelle du contrat de travail et plan de sauvegarde de l'emploi, Soc. 29 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-15.382, et Soc. 29 oct. 2013, FS-P+B, n° 12-22.303, Dalloz actualité 28 novembre 2013

FROUIN (J.Y.)

Le sort de la priorité de réembauche en cas de transfert d'entreprise, Soc. 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-40.945, Revue de droit du travail 2008 p. 664.

L'étendue de l'obligation de reclassement de l'employeur au regard des souhaits exprimés par le salarié, Soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-46.227, RDT 2009, p.37.

GEA (F.)

Les implicites et le non-dit de l'arrêt Flodor, soc.13 janvier 2010, n°08-15.776, RDT 2010 p.230.

Le moment de l'appréciation judiciaire de la légitimité du licenciement économique, Soc. 30 mars 2010, n° 09-40.068, RDT 2010 p. 372.

L'ordre des licenciements à l'épreuve de la logique contractuelle, RDT, avril 2012, n°4, p.218.

Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique, Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, publié au *Bulletin*, RDT 2011, p.244.

La « promesse » d'un reclassement, Soc. 19 janvier 2011, n° 09-42.736, RDT 2011, p.310.

GRUMBACH (T.)

Tel est pris qui croyait prendre..., TGI paris, ref., 5 février 2009, n° 09/51089, SARL Molex Automotive c. Sté Syndex- Société d'expertise comptable et comité d'entreprise.

La légèreté blâmable au secours de la cessation d'activité comme motif autonome de licenciement, Cass. Soc. 1^{er} février 2011, note Anaïs Ferrer, p.584.

JAULT SESEKE (F.)

Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés, Soc. 19 juin 2007, n° 05-42.551, et n° 05-42.570, Revue de droit du travail 2007 p. 543

KELLER (M.)

Une délocalisation industrielle peut-elle constituer une cause économique réelle et sérieuse pour procéder à un licenciement économique ?, Cass., Soc., 5 avr. 1995, Recueil Dalloz 1995, p. 503.

LAFUMA(E.)

Soc, 25 juin 2008, RDT 2008-600, note, dr soc 2009-118.

LEGROS (J.P.),

Liquidation judiciaire, Dr. Sociétés novembre 2012, comm, 189.

La liquidation judiciaire se mérite-t-elle ? - Commentaire par Adeline Cerati-Gauthier, JCP E 2012, 1509, La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires, 6 Septembre 2012.

LOISEAU (G.)

Les départs volontaires : des plans sans reclassement, JCP S, n° 46, 16 Novembre 2010, 1483.

LYON-CAEN (A.)

L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois : ne repose pas sur un motif économique le licenciement d'un salarié dès lors qu'il existait une possibilité de reclassement, note ss Cass. Soc 25 févr. 1992, n° 89-41.634 Recueil Dalloz 1992 p. 294.

Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Dr. Soc. 1998, p.489, note ss Cass. Soc 5 avril 1995, n° 93-42.690 (arrêt vidéocolor)

MARTINON (A.)

Licenciement économique de moins de 10 salariés : la compétence subsidiaire des délégués du personnel, Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-12.952, FS-P+B+R, SA société Amplifon groupe France c/ M. V., La Semaine Juridique Social n° 42, 15 Octobre 2013, 1409.

MEDEAU (X.)

Restructurations parallèles et consultation loyal du comité d'entreprise, TGI Paris (référé) 25 mai 2012, Droit ouvrier décembre 2012, n°773, p.793.

MONY (A.)

L'exception ne confirme pas la règle, CA Versailles, 27 nov. 2012 ; La Semaine Juridique Social, 26 fevr. 2013, n°9, p. 1102.

MORVAN (P.)

Existence d'une entité économique autonome dont l'identité est préservée, Cass. Soc. 23 oct. 2007, n° 06-45.289, La Semaine Juridique Social n° 16, 15 Avril 2008, 1232.

Extension contractuelle du périmètre de reclassement, Cass. soc., 30 sept. 2013, n° 12-13.439, FS-P+B, Mme G. c/ Sté Borges-Tramier, La Semaine Juridique Social n° 50, 10 Décembre 2013, 1478.

MOULY (J.)

Le sort des priorités d'embauche en cas de transfert d'entreprise, note ss Cass. soc., 26 févr. 1992 , JCP 1992, éd. G, II, 21883, n° 18.

PAUL DARVES-BORNOZ

Définition des co-employeurs et niveau d'appréciation du motif économique. Cass.soc 18 janv 2011, TA Grenoble 4 avril 2008, p.273

REINHARD (Y.)

Exonération de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, dirigeant d'un groupe, en matière de sous-traitance : délégation de pouvoirs au dirigeant d'une société du groupe, Cass. crim., 26 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 208, arrêt n° 2, Recueil Dalloz 1995 p. 110

SERVERIN (E.), GRUMBACH (T.)

Promouvoir la recevabilité des actions délictuelles à l'égard des sociétés mères des groupes dans les contentieux engagés devant les conseils de prud'hommes, Cons. Prud'h. de Mulhouse, 28 juin 2010, N°RG 09/00998 et Chambéry, 5 janvier 2010, N°RG 09/01050, revue de droit du travail 2010 p.529.

La longue route de la liquidation de la SARL Sodimédical, Com. 3 juillet 2012, n° 11-18.026, Revue de droit du travail 2012 p. 574.

SPIRE (R.)

Les sanctions de ruptures conventionnelles conclues en fraude à la procédure des licenciements collectifs, droit ouvrier, mai 2012 p.375. CA de Lyon (Ch.C) 2 décembre 2011.

TAQUET (F.)

Appréciation du caractère économique du licenciement dans le cadre des groupes de sociétés, Revue des procédures collectives n°6, nov 2011, comm.190.

Les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, Revue des procédures collectives n°1, janv 2008, comm.49.

VERKINDT (P.-Y.)

Reclassement au sein d'un groupe international, Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 05-46.073, La Semaine Juridique Social n° 13, 25 Mars 2008, 1186.

WAQUET (P.)

Les offres de reclassement doivent être écrites et précises, RDT 2006. 315, note ss Cass. soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-45.703.

MELANGES

Droit du travail, emploi, entreprise, mélange en l'honneur de F.Gaudu, IRJS 2dition, 2014

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- C -

Cause réelle et sérieuse : 479 et s.

- Motif économique de licenciement
 - Contrôle : 575
 - Acte de gestion : 576 et s.
 - Définition : 495 et s.
 - Difficultés économiques : 508 et s.
 - Mutations technologiques : 510
 - Non inhérent à la personne du salarié : 486 et s.
 - Sauvegarde de la compétitivité : 512 et s.
 - Secteur d'activité : 54 et s., 493 et s.
 - V. cessation d'activité
- V. sanctions

Cessation d'activité : 517 et s.

- Appréciation du motif économique : 518 et s.
- Cause autonome du licenciement : 520 et s.
- Cause non autonome du licenciement : 526 et s.
- V. coemployeur

Cession : 312 et s.

- Fusion : 318, 380 et s.
- Procédure collective : 360 et s.
- Transfert des contrats en cours : 315 et s.
 - Champ d'application : 316 et s.
- V. priorité de réembauche

Coemployeur : 589 et s., 593 et s., 601 et s.

- Lien de subordination : 606 et s.
 - Confusion d'intérêts, d'activité et de direction : 613 et s.

Comité central d'entreprise : 146, 589

Comité d'entreprise

- Attribution : 133
- Consultation :
 - Licenciement individuel
 - Caractère facultatif : 74 et s.
 - Licenciement collectif :
 - Caractère obligatoire : 131 et s.
 - Petit licenciement collectif : 130 et s.
 - Grand licenciement collectif : V. PSE
- Entreprise en difficulté : 142
- Sanction : 143 et s.

Comité d'entreprise européen : 150**Comité de groupe : 34 et s., 147 et s.**

- Champ d'application : 36, 148
- Constitution : 35

Congé de reclassement : 107

- Cellule d'accompagnement spécialisée : 108
- Champ d'application : 109
- Sanction : 114

Contentieux :

- Compétence administrative : 435 et s.
- Compétence judiciaire : 440 et s.

Contrat de sécurisation professionnelle : 116, 122, 125 et s.

- Champ d'application : 124

- D –

Délégation de pouvoirs : 531 et s.

- Déléataire : 538 et s.
- SAS : 533 et s.

Délocalisation :

- V. suppression d'emploi

Droit à l'emploi : 19 et s.

- V. liberté d'entreprendre

- E –

Entreprise en difficulté : 322 et s.

- Cession : 24
- Groupe : 25, 339 et s.

- Licenciement : 21 et s.
- Obligation de recherche d'un repreneur : 360 et s.

- Contrôle

- Comité d'entreprise : 371 et s.

- Tribunal de commerce : 378 et s.

- Obligation de reclassement : 384 et s.

- V. PSE

Entretien préalable : 78 et s.

- G –

GPEC : 257 et s.**Groupe de sociétés :**

- Accord de groupe : 46 et s.
- Définition : 30 et s.
- Entité de fait : 58
- Groupe international :
 - Obligation de reclassement : 234 et s.
 - Périmètre : 234 et s.
 - Sources applicables : 443 et s.
 - Conflit de lois : 445 et s.
 - Compétence du juge : 462 et s.
- Groupe national :
 - Obligation de reclassement : 219 et s.
 - Mise en œuvre : 213 et s.
 - Périmètre : 226 et s.
 - Sources applicables : 408 et s.

- Unité de décision : 59
- V. responsabilité
- V. personnalité morale

- L –

Liberté d’entreprendre : 581 et s.

- V. droit à l’emploi
- V. responsabilité, V. légèreté blâmable

Licenciement économique : 4 et s.

- Contestation :
 - Condition d’un recours : 406 et s.
 - V. groupe de sociétés
 - V. sources applicables
- Contrôle de l’administration : 152 et s.
- Groupe (s) : 8, 25 et s.
- Mise en œuvre : 405
- Nécessité : 9 et s.
- Notification : 95 et s.
 - Mesure d’accompagnement : 97
 - V. priorité de réembauche
 - V. congé de reclassement
 - V. contrat de sécurisation professionnel
- V. cause réelle et sérieuse
 - V. motif économique
- Petit licenciement collectif : 130 et s.
 - V. comité d’entreprise (Consultation)

- M –

Mise à disposition du salarié intragroupe : 296 et s.

- Obligation de rapatriement : 49 et s.

Mobilité :

- Accord de- : 290 et s.
- V. mise à disposition du salarié

- N –

Négociation

- Accord collectif : 278, 281 et s.
 - Allemagne : 279, 280, 287
 - Modification du contrat
 - Activité partielle : 286, 288
 - V. mobilité
- Anticipation des licenciements économiques : 256 et s.
- Plan de départ volontaire : 301 et s.
- PSE négocié : V. PSE
- V. GPEC
- V. mobilité

- O –

Obligation de reclassement : 186 et s., 194

- Modification du contrat de travail : 195 et s.
- Périmètre : 192 et s.
- Proposition sérieuse : 205 et s.
- V. groupe de sociétés

Ordre de licenciement :

- Caractère obligatoire : 84
- Catégorie socio : 87, 88
- Champ d'application : 85
- PSE : 90
- Sanction : 92 et s.

- P –

Personnalité morale : 596 et s.

- Groupe de sociétés :
 - Argument pour : 727 et s.
 - Rejet de la- : 723, 735 et s.

Priorité de réembauche : 98 et s.

- Cession : 320 et s.
- Champ d'application : 100 et s.
- Périmètre : 103 et s.

Plan de sauvegarde de l'emploi : 166 et s.

- Contrôle *a priori* de l'administration : 168
- Entreprise en difficultés : 174, 350 et s.
- Principe de proportionnalité : 171 et s.
- PSE négocié : 176 et s., 264 et s.
- PSE unilatéral : 179, 180
- Seuil d'effectif : 167
- V. sanctions

- R –

Restructuration : 2

- Compétitivité : 555 et s.

Responsabilité : 553

- Groupe : 566 et s., 591, 592, 595
 - Responsabilité contractuelle : 639 et s.
 - Responsabilité délictuelle : 632 et s.
- Hors groupe : 558 et s.
- Légèreté blâmable : 578, 584 et s.
- V. coemploi

Rupture conventionnelle : 305 et s.

- S –

Sanctions : 645 et s.

- Absence de cause réelle et sérieuse : 650 et s.
- PSE : 685 et s.

Suppression d'emploi : 557

- Délocalisation : 569 et s.

- U –

Unité économique sociale : 225

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	4
SOMMAIRE.....	6
LISTE DES ABREVIATIONS	8
INTRODUCTION.....	10
I - L'exigence d'un licenciement économique particulier au groupe de sociétés	13
A- Les fondements économiques et sociologiques de cette nécessité.....	13
1 - Les fondements économiques.....	13
2- Les fondements sociologiques.....	14
B - Le fondement juridique de cette nécessité.....	16
II – L'existence d'un licenciement économique spécifique au groupe de sociétés.....	18
A - Prise en compte insuffisante par le législateur social.....	18
1 - Le groupe reconnu dans les relations collectives de travail	20
2 - Le groupe reconnu dans les relations individuelles de travail.....	24
B - La construction significative par la jurisprudence sociale.....	25
- PARTIE I -.....	30
LA PREVENTION DES LICENCIEMENTS ECONOMIQUES DANS LE GROUPE	
DE SOCIETES	30
- TITRE I –.....	31
LA PROCEDURALISATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE	31
- CHAPITRE I -.....	32
LA PROCEDURALISATION APPLICABLE AU GROUPE.....	32
SECTION I - LE LICENCIEMENT INDIVIDUEL ET COLLECTIF : UNE PROCEDURE ORIENTEE VERS	
LA PROTECTION DE L'EMPLOI.....	33
§1 - Le caractère facultatif de consultation préalable à un licenciement individuel.....	33
§2 - Le caractère obligatoire de la « convocation » à entretien préalable au licenciement	
individuel	35
§3.- Le caractère contraignant de l'ordre des licenciements à l'aune de l'égalité de	
traitement	37
A- La dissuasion de l'arbitraire par la procédure	37
B - La dissuasion de l'arbitraire par la sanction	39

§4 - Le contenu stricte d'accompagnement dans l'emploi associé à la notification.....	40
A- Le périmètre de la priorité de réembauchage restreint à l'entreprise	41
B - L'obligation d'une proposition d'un congé de reclassement dépendant de l'envergure du groupe.....	44
C - Proposition de contrat de sécurisation professionnelle : un dispositif de prévention?	47
SECTION II - LE LICENCIEMENT COLLECTIF : UNE PROCEDURE RENFORÇANT LE PROCESSUS DE CONSULTATION ET DE PROTECTION DE L'EMPLOI.....	52
§1 - L'exécution de la procédure des licenciements collectifs : des obstacles à franchir	52
A- Les obligations de loyauté et de transparence attachées à l'obligation d'information- consultation du Comité d'entreprise	53
B - L'intervention active de l'administration	59
1 - Le contrôle de l'administration dans la procédure	60
2 - Le contrôle de l'administration dans la protection de certains salariés	61
§2 - Les « grands licenciements » collectifs soumis à l'élaboration d'un PSE représentant les moyens du groupe.....	65
A – La contribution du groupe à l'élaboration d'un PSE suffisant	67
B - L'acte unilatéral ou négocié dans l'élaboration du PSE.....	68
1 - La rédaction négociée du PSE avec les syndicats	69
2 - La rédaction unilatérale du PSE validée par l'administration	70
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	71
- CHAPITRE II -	73
L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT SPECIFIQUE AU GROUPE.....	73
SECTION I - LE PERIMETRE DE L'OBLIGATION ETENDU AU GROUPE DE SOCIETES NATIONAL ..	76
§1 - Les principes communs de l'obligation de reclassement	76
A - La place de la volonté du salarié dans l'application de l'obligation de reclassement.....	77
1 - La modification du contrat antérieur à l'application de reclassement.....	78
2 - La modification dans le cadre de l'obligation de reclassement.....	80
B - L'exigence d'une proposition de reclassement sérieuse.....	81
1 - Une proposition consécutive à une recherche « active ».....	81
2 - Une proposition présentant un caractère écrit et précis	83
§2 - L'adaptation de l'obligation de reclassement au groupe	87
A- L' « élargissement » légale de reclassement interne	87

1 – Le rejet de l’ « élargissement » au groupe	88
2 - L’admission de l’ « élargissement » dans le groupe en fonction d’une possibilité de permutation du personnel	89
B - L’ « élargissement conventionnelle » de reclassement externe non spécifique au groupe	91
SECTION II – LE PERIMETRE DE L’OBLIGATION ETENDU AU GROUPE DE SOCIETES	
TRANSNATIONAL	93
§1 - L’obligation de proposition de reclassement à l’étranger conditionnée.....	93
A - Une faille dans la procédure de licenciement économique avant la loi du 18 mai 2010	94
B - Une faille comblée par les lois du 18 mai 2010 et du 6 août 2015.....	95
1 - Une rémunération équivalente.....	96
2 - La prise en compte préalable de la volonté du salarié	97
a) L’obligation pour l’employeur de recueillir la volonté du salarié avant la loi du 6 août 2015	97
b) L’obligation pour le salarié de faire part de sa volonté depuis la loi du 6 août 2015	99
§2 - Une obligation limitée par les législations étrangères	100
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	102
- TITRE II -.....	103
L’ANTICIPATION DES LICENCIEMENTS DANS LE GROUPE.....	103
- CHAPITRE I -.....	104
L’ANTICIPATION PAR LA NEGOCIATION DANS LE GROUPE	104
SECTION I – L’INCITATION AU MAINTIEN NEGOCIE DE L’EMPLOI	107
§1 - L’anticipation du contenu du PSE par l’accord majoritaire	107
A - Le maintien de l’emploi « équivalent ».....	109
B - L’obligation d’adaptation et de formation.....	110
C - La préservation de l’emploi des seniors	112
§2 - Les accords de maintien de l’emploi destiné à éviter un PSE.....	112
A - L’activité partielle empêchant ou retardant le licenciement économique	115
B – Le maintien de l’emploi par la mobilité négociée	116
1 - L’incitation législative à la mobilité interne	117
2 - L’incitation législative à la mise à disposition du salarié intra-groupe	119
SECTION II - L’INCITATION A LA RUPTURE NEGOCIEE DU CONTRAT	121

§1 - L'anticipation par le plan de départs volontaires dans le cadre d'un PSE ou GPEC	121
§2 – L'absence d'anticipation par le recours à la rupture conventionnelle	123
A - L'incompatibilité du recours avec une GPEC ou un PSE	124
B - Un recours conditionné par l'absence d'abus	125
SECTION III - L'INCITATION LEGISLATIVE A LA CESSION DE L'ENTREPRISE	126
§1 - L'incitation d'un maintien de l'emploi par un transfert du contrat de travail	127
§2 - L'incitation pour le retour à l'emploi par le transfert de la priorité de réembauche	129
CONCLUSION DU CHAPITRE I	133
- CHAPITRE II –	135
L'ANTICIPATION DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE.....	135
SECTION I - LA PROCEDURE DE LICENCIEMENT ECONOMIQUE CONFRONTEE AU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES.....	137
§1- L'application des procédures collectives inadaptée au groupe de sociétés	137
§2 - La difficile prévention des licenciements collectifs dans un groupe par le droit des procédures collectives	139
SECTION II - LA PRISE EN COMPTE INSUFFISANTE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE PAR LE DROIT DU TRAVAIL.....	141
§1 - L'obligation d'élaboration du PSE adaptée à une procédure collective.....	142
A - La prise en compte de l'impératif de célérité non adaptée au groupe de sociétés	143
1 - Les délais spéciaux pour la validation du PSE	143
2 - Des délais non protecteurs de l'emploi dans les groupes	144
B – L'incitation à la recherche d'un repreneur applicable au groupe de sociétés ...	145
1 – Le champ d'application de l'obligation	147
2 – La mise en œuvre de la loi vérifiée et contrôlée	150
a) La vérification par le comité d'entreprise	150
b) Le contrôle par le Tribunal de commerce	153
3 – L'inadaptation de l'obligation à la fusion	154
§2 - L'obligation de reclassement inadaptée pour les entreprises en difficultés	156
A – La modification du contrat adaptée à une procédure collective	156
B - L'obligation de reclassement impossible à mettre en œuvre.....	157
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	161

- PARTIE II -	162
LA MISE EN OEUVRE DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE DANS LE GROUPE DE SOCIETES	162
- TITRE I -	163
LA CONTESTATION DU LICENCIEMENT DANS LE GROUPE	163
- CHAPITRE I -	164
LES CONDITIONS D'UN RECOURS	164
SECTION I - LES SOURCES NATIONALES APPLICABLES AU GROUPE NATIONAL.....	165
§1 - L'application des dispositions non spécifiques aux groupes	165
A- La recevabilité du recours	165
1 - La recevabilité légale du recours	165
2 - La recevabilité jurisprudentielle du recours du CE	168
B - Des délais de prescription non protecteurs de l'emploi.....	169
1 - Des délais de droit commun raccourcis	170
2 - Des délais spéciaux raccourcis	170
a) Un délai de 12 mois dans le cadre d'une contestation sur la régularité ou la validité du licenciement	171
b) Un délai de 2 mois pour les contestations liées au PSE.....	172
§2 – La répartition du contentieux entre les juridictions administratives et judiciaires .	173
A- La compétence du juge administratif avant notification du licenciement.....	174
B - La compétence du juge judiciaire post notification du licenciement	176
SECTION II - LES SOURCES INTERNATIONALES APPLICABLES AU GROUPE TRANSNATIONAL.	178
§1 - L'existence d'un conflit de loi	178
A - La détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles	178
1 - Le principe de la loi d'autonomie limité par la clause d'exception.....	179
2 - La loi de police permettant d'écarter la loi d'autonomie.....	182
B – La détermination de la loi applicable aux obligations non contractuelles	184
§2 - La difficulté de détermination de la compétence française	186
A - Le critère de détermination de l'effectivité du lieu de travail accompli.....	186
B – Le critère de domiciliation permettant d'attirer la société mère	188
CONCLUSION DU CHAPITRE I	191
- CHAPITRE II -	192
LA CAUSE REELLE ET SERIEUSE SPECIFIQUE AU GROUPE	192
SECTION I - UNE PROCEDURE DE LICENCIEMENT DICTEE PAR LE MOTIF INVOQUE.....	194

§1 - Un motif non inhérent à la personne du salarié.....	194
§2 - Un motif économique apprécié au regard du secteur d'activité du groupe	196
A - La démonstration d'une suppression, transformation ou modification d'emploi	197
1 - L'élément matériel apprécié dans un périmètre restreint à l'entreprise	197
2 - L'élément matériel caractérisé par le refus d'une modification ou d'une transformation.....	199
B - La démonstration d'une cause économique.....	200
1 - Des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.....	201
a) Des difficultés existantes et réelles	201
b) Des mutations technologiques résultant de la mise en place de matériels ou procédés de travail nouveaux	202
2 - Une réorganisation fondée sur la sauvegarde de la compétitivité	203
3 - Une cessation d'activité loyale	205
a) Une cessation non consécutive à légèreté blâmable de l'employeur	206
b) Une cessation d'activité : cause non autonome du licenciement dans les groupes	208
SECTION II – UNE PROCEDURE DE DELEGATION DE POUVOIR RESPECTEE.....	210
§1 - La délégation de pouvoir dans les SAS « étrangère à l'aménagement statutaire ».	210
§2 - La qualité de délégataire	212
A - Une personne extérieure à l'entreprise non délégataire	212
B - L'octroi de compétence au délégataire	214
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	216
- TITRE II -.....	218
LA PRISE EN COMPTE DE LA SPECIFICITE DU GROUPE PAR LE JUGE.....	218
- CHAPITRE I -.....	219
DES RESPONSABILITES A RECHERCHER DANS LE GROUPE.....	219
SECTION I – LA RECHERCHE DES MOTIFS REELS DU LICENCIEMENT PAR LE JUGE	220
§1 - Un motif fondé sur une restructuration de compétitivité du groupe.....	220
A - Diminuer les coûts salariaux	220
1 - La suppression d'emploi appréhendée comme « économique » par l'employeur	221
2 - La délocalisation appréciée comme une suppression d'emploi par le juge....	224
B - Augmenter le cours des bourses	225

§2- Un motif strictement contrôlé	226
A- Le contrôle des actes de gestion	226
B - L'immixtion du juge proportionnée au but recherché : la protection de l'emploi	228
1 - La liberté d'entreprendre limitée par la légèreté blâmable	228
2 - La liberté d'entreprendre limitée par le coemploi	230
SECTION II – LA RECHERCHE DES AUTEURS REELS DU LICENCIEMENT PAR LE JUGE.....	231
§1 - Une qualification de coemployeur non lié intrinsèquement à l'appartenance à un groupe	232
A- La responsabilité du groupe niée	232
1 - Le principe : indépendance des employeurs dans le groupe.....	233
2 - Les faits : agissements de l'employeur dictés par le groupe	234
B - La responsabilité du groupe déterminée	235
1 - Le critère du lien de subordination abandonné	236
2 - Le critère de la triple confusion consacré	239
a) L'absence d'autonomie de la filiale : une appréciation large du coemploi abandonnée.....	239
b) L'existence d'une immixtion de la société mère : l'appréciation stricte du coemploi consacrée	242
§2 - Vers la disparition du coemploi ?	244
A - Au profit de la responsabilité délictuelle.....	245
B - La responsabilité contractuelle de la société mère	247
CONCLUSION DU CHAPITRE I	248
- CHAPITRE II -	249
DES SANCTIONS ADAPTEES AU GROUPE.....	249
SECTION I - L'ALLOCATION DE DOMMAGES ET INTERETS OU D'INDEMNITES FONDEE SUR L'ABSENCE DE CAUSE ECONOMIQUE DU LICENCIEMENT	251
§1 - La sanction du défaut de cause réelle et sérieuse applicable au groupe	252
A - Sanction adaptée dans les groupes restructurés.....	252
1 - Sanction de la violation de la procédure de licenciement individuel	252
2 - Sanction de la violation de la procédure de licenciement collectif	254
B - Sanction adaptée dans le groupe en difficulté	256
§2 - La sanction du défaut de l'obligation de reclassement étendue au groupe.....	259
A - Le champ d'application de la sanction restreint à l'employeur.....	259

B - Le champ d'application de la sanction élargie au coemployeur.....	261
SECTION II - LA NULLITE FONDEE SUR L'INSUFFISANCE OU L'ABSENCE DU PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI.....	263
§1 - L'exception de nullité pour vice de procédure afférente au PSE et des actes subséquents	265
A - La nullité prononcée pour absence d'homologation ou de validation du PSE..	265
1 - La nullité prononcée pour absence du PSE	266
2 - La nullité prononcée pour insuffisance du PSE.....	266
a) Définition de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens du groupe	267
b) Nullité pour insuffisance du PSE dans les groupes	268
B - La réintégration non étendue au groupe	269
§2 - L'extension de nullité à l'absence de cause économique?	272
A - L'élargissement du champ d'application de la nullité par les juges du fonds...	273
B - Un élargissement infondé selon la Cour de cassation	274
SECTION III - CONFUSION AVEC L'ADMISSION D'UNE RECONNAISSANCE DE LA PERSONNALITE MORALE DU GROUPE ?	276
§1 - Une admission envisagée mais inopportune.....	277
A- Les fondements de droit positif envisageant la personnification du groupe	277
B- Les fondements de droit prospectif rejetant la personnification du groupe	279
§2 - A la recherche d'une proposition opportune	282
A - La nécessité d'une création courageuse d'une disposition spécifique au groupe dans le Code du travail.	282
B - La nécessité d'une création courageuse d'une disposition spécifique au groupe dans le Code du Commerce	285
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	287

CONCLUSION GENERALE	289
BIBLIOGRAPHIE	293
I - OUVRAGES GENERAUX, MANUELS	293
II - OUVRAGES SPECIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, THESES ET MEMOIRES.....	296
III -ARTICLES DE DOCTRINE, THEMES ET ETUDES.....	299
IV - CHRONIQUES, COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS.	313
INDEX ALPHABETIQUE.....	319
TABLE DES MATIERES	323

Résumé en français

Depuis le développement du capitalisme, la nécessité de créer un droit des groupes est apparue. Cette nécessité est corroborée par le fait qu'aujourd'hui, un salarié sur deux appartient à un groupe de sociétés. De plus, à l'aune de la mondialisation du contexte économique, le nombre de licenciements ne cesse d'augmenter. Certains groupes ont besoin de licencier pour sauvegarder leur santé économique, tandis que d'autres souhaitent prospérer. Ces derniers vont même jusqu'à l'abandon de leur filiale pour augmenter leur profit. Le législateur a institué une procédure de licenciement économique, applicable au groupe de sociétés, qui participe à une prévention des licenciements. Parallèlement, il a construit peu à peu un droit applicable à ce dernier dans le cadre d'une procédure individuelle et collective. Il a institué d'une part, l'obligation de rapatriement des salariés mis à disposition d'une filiale étrangère et, d'autre part, l'obligation de constituer un comité de groupe. Enfin, le groupe est tenu de contribuer à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi de ses filiales en fonction de ses moyens. Par ailleurs, l'existence d'un véritable droit des groupes dans le cadre d'une procédure de licenciement économique est confirmée par la position de la jurisprudence. En effet, le juge social est intervenu activement pour construire ce droit des groupes de sociétés. Tout d'abord, il a dégagé une obligation de reclassement élargie au groupe participant à l'édification de ce droit spécifique. Puis, la Chambre sociale a souhaité imputer une responsabilité au groupe en qualifiant la société donneuse d'ordre de coemployeur, ce qui permet de sanctionner le groupe de manière adaptée. Il existe donc un droit des groupes dans le cadre de la procédure des licenciements économiques participant à leur prévention, et intervenant lors dans leur mise en œuvre.

Résumé en anglais

Since the development of capitalism, the need for a right groups appeared. This need is reinforced by the fact that today one in two employees belongs to a group of companies. Furthermore, in the globalization of the economy's process, the number of redundancies is increasing ceaselessly. Some groups have to fire to save their economic health, while others wish to prosper. These ones will even give up their subsidiary to increase their profits. The legislator introduced a redundancy procedure applicable to the group of companies which one participating in a prevention of layoffs. Meanwhile, he gradually legislate a law applicable in case of an individual and collective process. He established, the one hand, the obligation to repatriate the employees provide to a foreign subsidiary and, secondly, the requirement to establish a group committee. Finally, the Group is required to elaborate a conservation plan for the use of its subsidiaries within its means. Moreover, the existence of a real law for the groups as part of a redundancy procedure is confirmed by the position of jurisprudence and legal precedents. Indeed, the social judge intervened actively to create a legal framework for this corporate group. First, he cleared an enlarged reclassification obligation to the group participating in the building of this specific duty. Then, the Social court wished to impute responsibility to the group by calling the donor company order, allowing the group to be punish suitably. There is therefore a right for the groups within the framework of the procedure involved in redundancies prevention and intervening in their implementation.

Discipline Droit privé ; Droit social

Mots- clés : Licenciement économique- groupe de sociétés- reclassement- permutation- coemployeur-secteur d'activité

Intitulé et adresse de l'UFR ou du Laboratoire :

L.B.N.C.- Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
74 rue Louis Pasteur, 84000 Avignon

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

L'administrateur provisoire de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse,

Jean-François BONASTRE